



**Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito**

Mariana Schafhauser Boçon

**A POSSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SEGUNDO OS
PARÂMETROS APRESENTADOS POR LUÍS ROBERTO BARROSO E GILMAR
MENDES: UMA ANÁLISE DO CASO DOS CIDADÃOS AUTISTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO.**

Brasília
2014

**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito**

Mariana Schafhauser Boçon

**A POSSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SEGUNDO OS
PARÂMETROS APRESENTADOS POR LUÍS ROBERTO BARROSO E GILMAR
MENDES: UMA ANÁLISE DO CASO DOS CIDADÃOS AUTISTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão

Brasília - DF
Dezembro de 2014

Mariana Schafhauser Boçon

**A POSSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SEGUNDO OS
PARÂMETROS APRESENTADOS POR LUÍS ROBERTO BARROSO E GILMAR
MENDES: UMA ANÁLISE DO CASO DOS CIDADÃOS AUTISTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO.**

Trabalho de conclusão de curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do grau de bacharela
perante a Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB, pela banca examinadora composta
por:

Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão

Orientador

Professor Mestre Ramiro Nóbrega Sant’Ana

Membro da Banca Examinadora

Professor Mestre Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes

Membro suplente da Banca Examinadora

Brasília - DF, 03 dezembro de 2014.

“Por que o governo não cuida?!”

Ah, eu sei que não é possível. Não me assente o senhor por beócio. Uma coisa é pôr ideias arranjadas, outra é lidar com país de pessoas, de carne e sangue, de mil-e-tantas misérias... Tanta gente – dá susto de saber – e nenhum se sossega: todos nascendo, crescendo, se casando, querendo colocação de emprego, comida, saúde, riqueza, ser importante, querendo chuva e negócios bons...”

Guimarães Rosa, *Grande Sertão: Veredas*.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço àqueles que me deram a vida e todas as condições para que ela sempre fosse plenamente aproveitada. Obrigada papai e mamãe por todo o carinho, amor, atenção e compreensão a mim despendidos, desde os momentos mais tenros aos mais difíceis. Pai, obrigada por me mostrar o mundo dos livros e por me incentivar na minha curiosidade pelo mundo e suas questões. Mãe, obrigada por sempre ter me apresentado ao “outro” e ter me permitido desenvolver minha alteridade e humanidade.

Guga, agradeço-te imensamente por me entender e parar de tocar guitarra por algumas horas para que eu pudesse desenvolver os meus estudos, mas, agradeço-te, principalmente, pela sua parceria como irmão, por poder contar contigo sempre.

Obrigada Madrinha, as flores do momento da minha aprovação continuaram comigo durante todo o percurso da graduação. Vó Ione, Vó Anna e Vô Hilário, obrigada por, de uma forma ou de outra, sempre me incentivarem e festejarem as minhas conquistas, Vovô Zezé eu sei que já deve ter soltados uns bons fogos lá no céu!

Miguel, *mon bizarre*, obrigada por sempre ouvir atento às minhas dúvidas e me dar tranquilidade para seguir em frente, mesmo que tu já estivesses caindo de sono. Agradeço-te por cada sorriso sincero, cada palavra dita e cada olhar trocado, foram essenciais para eu me sentir próxima de ti e, assim, manter-me disposta a concretizar tudo o que planejei.

Aos meus amigos de curso, antes de agradecer, peço uma coisa: vocês se tornaram amigos para vida, portanto, nada de sumir após a formatura! Bruna, Tatá, Gi, Fê, Júlio, Davi, Rafa, João, Victor, Lu, Abhner, Gui, William, obrigada por terem trilhado esse caminho comigo e me fazerem crescer imensamente como pessoa com as nossas discussões acadêmicas e questionamentos sobre a vida, com os nossos memes e zueiras sem limites! Giulie, Deco, Nanda, Lu e Nigo, agradeço pelo encontro que a FD nos proporcionou e que se fortaleceu muito além dela.

Às miúdas do meu furacão, Vic e Joooo, não sei o que seria de mim sem vocês na minha aventura pelo mundo. Obrigada pela convivência única, pelos melhores papos e pelos próximos momentos que virão.

Ao pessoal da PGR, agradeço por sempre me incentivarem e por me proporcionarem um rico espaço para discutir o direito na prática.

Ao meu orientador, Professor Jorge Galvão, agradeço por ter sido tão prestativo desde o início e me ajudar a delimitar melhor o emaranhado de ideias que eu tinha em mente.

Aos demais membros da banca, Professor Tarcísio Vieira e Professor Ramiro Sant’Ana, agradeço pelo interesse e pela disponibilidade.

Agradeço também à UnB, consolidada na minha mente como um espaço de intensificação do saber, um ambiente de diálogo e humanidade, um mundo de possibilidades que eu tive o prazer de vivenciar.

Meus sinceros agradecimentos a todos que, nos mais variados aspectos e das mais variadas formas, sempre acreditaram em mim.

RESUMO

Conforme a Constituição da República Federativa Brasileira, a saúde é um direito fundamental social de todos os cidadãos e é dever do Estado garanti-lo, de modo universal e igualitário, mediante políticas públicas que visem prevenir doenças, tratar enfermidades e promover bem estar físico e mental. Entretanto, diante de uma realidade complexa como a brasileira, em que as necessidades da população são muitas e variadas, e os recursos do Estado são finitos e restritos, os indivíduos nem sempre veem seu direito à saúde ser efetivado plenamente. Nesse sentido, tem sido cada vez maior o número de ações no Judiciário a fim de se ver uma pretensão em direito à saúde satisfeita, o que tem levado ao fenômeno da judicialização do direito à saúde. Diante de tema tão relevante e cada vez mais presente na realidade jurídica brasileira, o presente trabalho busca estudar a consolidação do direito à saúde como um direito fundamental, a ponto de se tornar um direito exigível em face do Estado, para assim explorar os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à atuação judicial na prestação plena de tal direito, adotando como principais referências as posições de Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes. E, com base nos parâmetros elencados por tais juristas como delineadores das hipóteses em que cabíveis a atuação do Judiciário, este trabalho analisou o caso dos autistas do Estado de São Paulo a fim de demonstrar que, embora a questão da intervenção judicial em políticas públicas de saúde seja um tema tão controverso, é possível estabelecer parâmetros para uma atuação constitucionalmente legítima e capaz de concretizar o direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Políticas públicas. Judicialização da saúde. Parâmetros. Tratamento de autistas.

ABSTRACT

As the Constitution of the Federative Republic of Brazil says, health is a fundamental social right of every citizen and it is the State's duty guarantee it to everyone, universally and equally, through public policies that prevent illness, treat diseases and promote physical and mental well being. However, faced with a complex reality, like the Brazilian one, where people's needs are numerous and varied, and the state's resources are finite and limited, individuals do not always see their right to health be fully effected. In this sense, it has been increasing the number of actions in the courts claiming to see the right to health being satisfied, what has led to the phenomenon of judicialization of the right to health. In view of such a relevant topic that is increasingly present in the Brazilian legal reality, this work seeks to study the consolidation of the right to health as a fundamental right, about to become an enforceable right in the face of State, then to explore the favorable and unfavorable arguments to the judicial action in the full provision of such right to health, and finally adopting as main references the positions of Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes. And, based on the parameters listed by those jurists as determinants of the hypotheses that the role of the judiciary is appropriate, this work analyzed the case of autistic citizens in the state of São Paulo, in order to demonstrate that, although the issue of judicial intervention in public health policies is such a controversial topic, it is possible to set parameters for a judicial acting that is constitutionally legitimate and able to concretize the right to health.

KEY-WORDS: Right to health. Public Policies. Judicialization of health. Parameters. Treatment of autistic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1: O DIREITO À SAÚDE, SEUS ASPECTOS E A SUA EFETIVAÇÃO .16	
1 – A consolidação dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal Brasileira de 1988	16
1.1 – A evolução dos paradigmas estatais	16
1.2 - O Estado Democrático de Direito	17
1.2.1 – Estado Democrático de Direito no Brasil.....	18
2 – Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988	19
2.1 – Os Direitos sociais	20
2.1.1– Direito à saúde.....	22
3 – As políticas públicas em direito à saúde	24
4 – O Poder Judiciário e os direitos fundamentais.....	27
4.1 – Atuação do Poder Judiciário: a judicialização do direito à saúde.....	29
4.2 – Críticas à atuação judicial em políticas públicas em saúde	32
4.2.1 – O mínimo existencial	34
4.2.2 – A reserva do possível	36
CAPÍTULO 2: A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E OS POSICIONAMENTOS DE LUÍS ROBERTO BARROSO E GILMAR MENDES ..	39
I – Luís Roberto Barroso	39
1 – Críticas ao ativismo judicial excessivo	41
1.1 – Críticas com base no princípio da Separação dos Poderes	41
1.2 – Críticas com base no princípio da reserva do possível	43
2 – Parâmetros sugeridos por Luís Roberto Barroso	44
2.1 – Parâmetros para as ações individuais	44
2.2 – Parâmetros para as ações coletivas	45
II - STA 175 STF, Gilmar Mendes.....	47
1 – O caso	48
2 – O relatório do Voto do Ministro Gilmar Mendes	49
2.1 – Análises apresentadas no relatório.....	50
2.1.1 – Conclusão das análises apresentadas.....	55

3 – Parâmetros	56
3.1 – Hipótese de existência de uma política pública	56
3.2 – Hipótese de inexistência de política pública.....	57
III – Conclusão quanto ao conjunto de parâmetros trazidos por Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes	59
1 – Parâmetros de Luís Roberto Barroso	59
2 – Parâmetros de Gilmar Mendes	60
CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO COM BASE NOS PARÂMETROS ELENCADOS POR LUÍS ROBERTO BARROSO E GILMAR MENDES	62
1 – Caso dos autistas.....	62
2 – Análise do caso consoante os parâmetros apresentados por Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes	65
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 consolidou uma série de princípios fundamentais e determinou objetivos centrais da República Federativa do Brasil, dentre os quais construir uma sociedade livre, justa e solidária em que se promova o bem de todos, indistintamente, garantindo-se assim o desenvolvimento nacional pleno e igualitário.

Para tanto, uma série de direitos fundamentais foram elencados no texto constitucional, o qual deixa de ser apenas texto fundante do ordenamento jurídico do Estado, para ter ele próprio força normativa na realidade brasileira.

Dentre esses direitos fundamentais se insere o conjunto dos direitos sociais, que visam garantir aos cidadãos as condições tidas como imprescindíveis para se exercitarem os outros direitos fundamentais, como a liberdade e os direitos políticos. São direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, uma intervenção na ordem social pautada em critérios de justiça distributiva a fim de garantir aos cidadãos, de forma isonômica, as condições necessárias à vida em sociedade e ao livre exercício dos outros direitos constitucionais.

Como importante direito social, tem-se o direito à saúde, melhor delimitado nos artigos 196 a 200 da Constituição. Trata-se de um direito de todos os cidadãos, que devem ter garantidas pelo Estado as condições básicas de higiene, alimentação e bem-estar, a fim de terem todos uma vida saudável. O direito à saúde, portanto, é muito mais do que um direito à sobrevivência, trata-se de um direito a uma vida plenamente saudável, o que envolve bem-estar físico, psicológico e social.

A priori, a efetivação desse conteúdo dos direitos sociais, como o complexo direito à saúde, dá-se consoante o que o Poder Legislativo escolheu como aplicável e mediante as políticas públicas criadas pelo Poder Executivo. Assim, o Estado se organiza financeira e administrativamente com o objetivo de concretizar a Constituição.

No entanto, esse é um funcionamento ideal do Estado Democrático de Direito. Diante das variáveis que regem uma sociedade plural e extensa como a brasileira, as demandas sociais são muitas, os interesses opostos são intensos e os recursos, finitos. Por isso, muitas das vezes, o Estado, principalmente a expressão do Poder Executivo, não consegue dar cabo de tudo o que lhe é demandado.

Atualmente, no Brasil, são inúmeras as demandas em políticas públicas de saúde. A ciência tem se desenvolvido rapidamente e as pessoas têm buscado obter o acesso aos tratamentos e ações preventivas que se mostram mais eficazes aos casos específicos. Dessa

forma, muitas vezes os procedimentos adotados pelo Legislativo e o Executivo para implementar políticas públicas não conseguem ser adequados para as crescentes e cada vez mais específicas necessidades da população, o que tem levado à judicialização da saúde.

Analisando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observam-se ações pleiteando a efetivação de política pública já prevista, inúmeros casos de requerimento de medicamentos não disponíveis no SUS ou então ainda não aprovados pela Anvisa, pedidos por leito em UTIs e até mesmo pleitos por tratamentos no exterior ou ainda em fase de experimentação.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, possui uma série de Recursos Extraordinários tratando de direito à saúde, existindo, inclusive, reconhecimento de repercussão geral em alguns temas, tais como:

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. (RE 657718 / MG, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. Julgado em 17/11/2011, publicado no DJe de 09/03/2012.)¹

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (RE 566471/ RN, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. Julgado em 15/11/2007, publicado no DJe de 06/12/2007).²

Portanto, a utilização da via judicial pela população para o fim de obter a garantia do direito à saúde é algo cada vez mais recorrente na realidade brasileira, tornando-se, assim, tema central de uma série de discussões acadêmicas e judiciais, dotadas dos mais diversos posicionamentos a respeito do assunto.

Afinal, é entendimento unânime que diante de uma inconstitucionalidade, cabe ao Poder Judiciário intervir. No entanto, o que ainda é bastante controverso dentro da doutrina e da jurisprudência é a questão de saber quais são os limites dessa atuação judicial para que não se tenha a chamada intervenção excessiva da função de um poder no outro.

¹RE 657718/MG. Andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em 18/11/2014.

²RE 566471/RN. Andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em 18/11/2014.

A mídia³ tem tido importante papel ao trazer à tona casos de demanda em direito à saúde, colocando, assim, em pauta para discussão de toda a sociedade a questão de como o Estado, mediante a atuação de todos os seus poderes, deve agir diante de demandas que não estão previstas no seu orçamento, diante de pedidos por atendimentos básicos da saúde de todo e qualquer cidadão ou, por vezes, por um atendimento tão específico que atende a uma parte quase ínfima da população.

Quais demandas em saúde são passíveis de serem requeridas no judiciário? Uma demanda individual pode ser deferida diante de todo um planejamento social e financeiro de políticas públicas para a coletividade? Cabe ao Judiciário determinar a criação de uma política pública? A partir de que momento a atuação judicial passa a ser excessiva, deixando de ser a devida concretização da Constituição?

Nesse sentido é que o caso concreto analisado no capítulo 3 deste trabalho, bastante representativo da controvérsia da judicialização do direito à saúde, foi importante ponto de partida para as análises que este estudo se propõe a fazer.

O caso, ao apresentar a demanda dos cidadãos autistas do Estado de São Paulo por políticas públicas em saúde e educação que lhes fossem adequadas, mostra a complexidade do que é garantir o direito à saúde de forma isonômica a todos os cidadãos, mas ao mesmo tempo atendendo às especificidades de cada um.

O Estado de São Paulo possuía serviços públicos de atendimento psiquiátrico, clínico e educacional à população, entretanto, eles não se apresentavam suficientes para as necessidades específicas dos cidadãos que têm autismo, transtorno de desenvolvimento dotado de tamanha complexidade cujo tratamento exige uma equipe multidisciplinar capaz de se adequar aos diferentes níveis de deficiências e necessidades de cada um dos autistas.

Portanto, diante da negativa da Secretaria de Saúde em implementar uma política pública condizente com as demandas dos autistas, o conflito foi judicializado, gerando uma série de discussões entre os representantes dos entes públicos envolvidos, o judiciário e os demandantes responsáveis pelos cidadãos autistas. Questões como a indevida interferência de um poder no outro, o custo do fornecimento de um tratamento específico diante do planejamento orçamentário e a possibilidade de que a judicialização restrinja o tratamento

³ É por exemplo, o caso de Rafael Notarangeli Fávaro, portador de uma rara anemia denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), que conseguiu na justiça o fornecimento do medicamento importado *Soliris*, cujo custo para o Estado chega a quase R\$ 70.000,00 por mês, mas que é capaz de manter a doença controlada e de garantir qualidade de vida ao paciente. “O paciente de R\$ 800 mil”. Reportagem da revista *Época*, publicada em meio eletrônico no dia 16/03/2012. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em: 18/11/2014.

àqueles que têm mais condições de acesso à justiça, permearam todo o processo na Justiça do Estado de São Paulo.

São esses questionamentos, surgidos após uma análise ampla da jurisprudência brasileira e do caso específico dos autistas de São Paulo, e muitos tantos outros que se apresentam quando se fala na atuação judicial em direito à saúde, que o presente trabalho estudará a fim de encontrar respostas que sejam capazes de ao menos delimitar parâmetros para uma legítima judicialização do direito à saúde, visto que, diante da complexidade do tema, as suas soluções estarão sempre em evolução, buscando acompanhar a ciência e as necessidades dos indivíduos.

Para isso, parte-se primeiro de um estudo amplo para entender a conjuntura que levou à Constituição Federal Brasileira de 1988, e à consequente normatização do direito à saúde como direito social fundamental e que deve ser concretizado por todas as formas de expressão do Poder do Estado Democrático de Direito do Brasil.

Diante dessa problemática da concretização de um direito de conteúdo tão extenso, será analisada a atuação do Poder Executivo mediante políticas públicas em direito à saúde, para posteriormente compreender se trata-se de situação em que é cabível a atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, serão expostos os posicionamentos contrários e favoráveis a tal intervenção judicial em políticas públicas de saúde, pautando-se nos principais limites definidos pela doutrina, quais sejam, o mínimo existencial a ser garantido em cada direito fundamental e a reserva do possível com a qual a Administração Pública tem que lidar.

Apresentada toda essa conjuntura analítica e argumentativa no que se refere aos direitos sociais e à intervenção judicial para a concretização de seu conteúdo, o segundo capítulo do desenvolvimento deste trabalho buscará entender melhor o posicionamento atual adotado na realidade jurídica brasileira quanto ao tema.

Para tanto, foram escolhidos dois textos bastante representativos do que vem sendo decidido quando se tem uma controvérsia jurídica em direito à saúde. Foram estudados o texto “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial” de Luís Roberto Barroso⁴, e o relatório e

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 17/09/2014.

voto no Agravo Regimental na STA 175/CE proferido pelo Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes⁵, Presidente da Corte à época em que foi votado o agravo.

Parte da representatividade desses textos refere-se ao fato de serem juristas que já tratam da temática em seus estudos e que, atualmente, são ambos Ministros do Supremo Tribunal Federal⁶, a corte suprema brasileira, responsável por decidir e criar jurisprudência em casos que envolvem diretamente a Constituição Federal.

Os textos adotados apresentam uma importante análise do tema em questão, trazendo, assim, uma significativa complementariedade ao estudo mais amplo apresentado no primeiro capítulo. Outrossim, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes buscaram estabelecer parâmetros para uma intervenção judicial em políticas públicas de saúde que seja cabível e válida dentro dos limites e princípios fundamentais expostos na Constituição.

Diante dos questionamentos que o tema da judicialização da saúde apresenta, tais parâmetros foram estudados e organizados em categorias no presente trabalho, a fim de estabelecer um conjunto de quesitos devidamente fundamentados que possam ser usados para analisar casos concretos que chegam ao judiciário envolvendo uma demanda em concretização ou implementação de políticas públicas em saúde.

Pautado nesse conjunto de parâmetros organizados consoante os posicionamentos dos autores que os propuseram, o terceiro capítulo deste trabalho fará a análise do já referido caso dos autistas do Estado de São Paulo. Primeiramente, buscam-se respostas para os questionamentos que levaram a este estudo a fim de estabelecer se no caso houve ou não uma intervenção judicial excessiva.

Assim, a partir dessa análise do caso concreto, o presente estudo tem o objetivo maior de compreender se os parâmetros expostos por Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes correspondem a uma análise suficientemente ampla da problemática da efetivação do direito à saúde na realidade brasileira a ponto de poderem ser usados como ponto de partida para entender quando é cabível uma atuação judicial ao caso, e como ela deverá ser feita se for necessária.

Não se quer assim encerrar a questão da intervenção judicial no direito à saúde, afinal este é um tema complexo e que sempre apresentará novas vertentes diante dos avanços da medicina e do crescimento das demandas dos indivíduos.

⁵ Relatório e voto do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental na STA 175. Julgado em 17/03/2010 e publicado no DJe de 30/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em 19/09/2014.

⁶ Gilmar Ferreira Mendes é Ministro do STF desde 20/06/2002 e Luís Roberto Barroso o é desde 26/06/2013.

O que se pretende com este trabalho é entender a atual conjuntura que envolve o direito à saúde previsto na Constituição Brasileira, para compreender de que formas ele é concretizado na realidade e de que maneiras seu conteúdo pode ser garantido e preservado por todos os poderes do Estado, estabelecendo as condições necessárias para que cada um atue na sua área de exercício, sem que isso seja considerado intervenção indevida.

É nesse sentido que a análise do caso concreto conforme os parâmetros adotados por Luís Barroso e Gilmar Mendes se insere, pois permite visualizar em uma situação real qual a conjuntura que leva o Judiciário a atuar em uma política pública da Administração Pública, sem que isso se configure como interferência excessiva entre os poderes, constituindo-se apenas como uma forma válida e legítima de consolidação do que está previsto na Constituição.

CAPÍTULO 1: O DIREITO À SAÚDE, SEUS ASPECTOS E A SUA EFETIVAÇÃO

1 – A consolidação dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal Brasileira de 1988

1.1 – A evolução dos paradigmas estatais

Atualmente, o entendimento da organização do Estado Democrático de Direito no qual se vive, depende do reconhecimento das mudanças significativas que a evolução do Estado de Direito trouxe no decorrer dos anos, significativamente, a consolidação do constitucionalismo e dos direitos fundamentais.

Conforme coloca José Afonso da Silva, o conceito clássico de Estado de Direito abrange três características: a) a submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) a separação de poderes; c) a garantia dos direitos fundamentais.⁷

Assim, no decorrer da história, a partir do momento em que o Estado Liberal do século XIX retira o poder absoluto do monarca, o Poder Legislativo sofre uma supervalorização e a Constituição surge como a principal ordenadora da separação dos Poderes.

A legislação era fechada e buscava ser exauriente, deixando pouco espaço à atividade interpretativa, restando ao Poder Judiciário uma função apenas corretiva, de direta aplicação da lei ao caso concreto.

Tal modelo de Estado, buscando reagir aos excessos do período absolutista anterior, visava ao máximo evitar qualquer possibilidade de brecha no seu funcionamento que pudesse acarretar arbitrariedades aos indivíduos. Segundo Ada Pellegrini, “O modelo de constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado”⁸.

Com as mudanças que se delineavam na sociedade do século XX, os direitos sociais começaram a se desenvolver com mais propriedade e acabaram por dar forma a um perfil de Estado intervencionista, o chamado Estado de Bem-Estar Social.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.164, ano 33, p.10, out. 2008.

Nesse momento, é o Poder Executivo que ganha força, sendo o principal realizador do que está definido nas leis, e os indivíduos passam a cada vez mais ser dotados de direitos de defesa e de direitos sociais, vistos como prestações estatais. Neste contexto, os direitos sociais eram tidos como uma forma de garantir a igualdade em um modelo de democracia que se preocupava com o bem-comum, com a supremacia do interesse público sobre o privado.

Entretanto, o caminhar da história mundial levou a graves crises paradigmáticas, uma vez que Estados Totalitários começaram a se firmar e a vida foi perdendo espaço para as constantes disputas de poder e territórios. Hermes Zaneti coloca que a grave crise mundial causada pelo holocausto foi fator importante para gerar uma notável mudança na postura do Poder Judiciário, já que o modelo reativo de justiça adotado até então não conseguiu impedir as injustiças cometidas sob o domínio do Estado Legalista Liberal e do Estado Intervencionista Social⁹.

Dessa forma, após o final da Segunda Guerra Mundial, os Estados, em sua maioria, viram-se obrigados a repensar suas finalidades. Com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os países promoveram um esforço em firmar nas suas constituições os valores fundamentais da justiça e da dignidade humana por meio de normas jurídicas dotadas de eficácia vinculativa, cuja aplicação na sociedade passou a ser verificada pelo Judiciário, principalmente através do incremento dos sistemas de controle de constitucionalidade.

Assim, a fim de atingir seus objetivos constitucionais, à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, os Estados precisaram garantir aos cidadãos instrumentos judiciais de busca pelo cumprimento desses seus direitos, deixando de ser Estados Sociais de Direito para se tornarem verdadeiros Estados Democráticos de Direito.

1.2 – O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito agrega o elemento discursivo e participativo, reconhecendo o valor da participação democrática na formação e nos processos discursivos das decisões estatais, sem, contudo, esquecer a dimensão normativa do direito. Os direitos fundamentais ganham força como marcos materiais balizadores do ordenamento jurídico, das demandas da sociedade e dos fundamentos das decisões judiciais.

⁹ ZANETI JR, Hermes. *A teoria da separação de Poderes e o Estado Democrático*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 39.

Este modelo, evolução histórica do Estado Liberal e do Estado Social, consolida as conquistas liberais, principalmente as liberdades negativas e as conquistas da solidariedade e da comunidade, indo além, ao reconhecer o direito à participação do cidadão nos atos intermediários que levarão à decisão política, bem como ter o direito de questionar, posteriormente, essa mesma decisão. O Estado Democrático de Direito traz a dimensão do direito fundamental de participação na formulação das decisões políticas, em senso amplo¹⁰.

Assim, nesse modelo de Estado, a solução das tensões sociais não decorre do interesse de um indivíduo (Estado Liberal) ou de grupos de indivíduos (Estado Social), mas do direito posto em conformidade com a Constituição e respeitando o seu núcleo básico de direitos fundamentais.

1.2.1 – Estado Democrático de Direito no Brasil

O Brasil, em toda sua história, nunca chegou a implementar os modelos tradicionais do Estado Liberal e do Estado Social de Direito.

Segundo o ministro Luís Barroso:

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal ou moderno.¹¹

A conformação do Estado brasileiro, portanto, decorre da mistura das tradições normativas norte-americana e europeia continental, da fusão das grandes tradições jurídicas e seus modelos de supremacia do direito (*Rechtsstaat*, *État Légal* e *Rule of Law*) e do advento do Estado Democrático de Direito, fortemente marcado pelo neoconstitucionalismo.

Na construção desse paradigma Estatal, o Brasil possui três marcos fundamentais: o marco histórico, ocorrido na Constituição de 1891 e a de 1988; o marco filosófico pós-positivista, que consiste na superação da lei como única fonte de direito e no reconhecimento da indeterminação da norma e, conseqüentemente, da importância do intérprete normativo; e

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.571.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. Jus navegandi, Teresina, ano 6, n.59. out. 2002, p. 4. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf. Acesso em: 21/10/2014.

o marco teórico, que reconhece o papel da força normativa da Constituição nos ordenamentos jurídicos e, portanto, dos direitos fundamentais nela contidos como verdadeiras normas, trazendo a relevância do controle de constitucionalidade e das novas técnicas de interpretação jurídica para a concretização desses postulados.

Portanto, desde a sua promulgação, a Constituição de 1988 vem desempenhando importante papel para o funcionamento do sistema político-institucional do Estado democrático de direito brasileiro.

O Constituinte de 1988 deu à organização do Estado uma caráter teleológico, fazendo com que a função do Estado fosse, sobretudo, a realização de seus objetivos fundamentais, conforme os elencados no art. 3º da Constituição¹², por meio das leis e das prestações positivas.

Ada Pellegrini pondera que, a fim de atingir tais objetivos, partindo-se do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF), “o Estado tem de se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado Social de direitos transforma-se em Estado Democrático de direito.”¹³

Dentro dessa perspectiva teleológica, a Constituição de 1988 acabou por traduzir-se em uma espécie de novo pacto para a democracia, após extensos períodos de instabilidade política, somando aos direitos de participação política e às liberdades individuais um extenso rol de direitos fundamentais econômicos e sociais.

2 – Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

Além dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, esta, a teor da cláusula de abertura definida em seu artigo 5º, § 2º¹⁴, também prevê como direitos fundamentais aqueles oriundos de tratados internacionais e os atribuídos em decorrência do regime e dos princípios gerais do texto constitucional.

¹² CF/1988, Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.p. 127- 128.

¹⁴ CF/1988, Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Esses direitos fundamentais deixam de ser apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente a um Estado provedor, uma vez que passam a ser decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição que devem ser observadas como parâmetro por todo o ordenamento jurídico¹⁵.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais faz com que eles devam estar presentes nos atos dos três poderes do Estado, e a sua dimensão subjetiva permite aos cidadãos exigí-los em face deste.

Nesse sentido, os direitos possuem uma forte fundamentação nos princípios constitucionais e são dotados do que vem sendo sustentado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras como um “conteúdo essencial”.

Daniel Sarmento fala da existência de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, de um “núcleo essencial que traduz o ‘limite dos limites’, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição”.¹⁶

A noção de que cada direito fundamental teria um conteúdo essencial pressupõe um núcleo dotado de uma barreira intransponível que o protege para que o mínimo necessário à existência e à dignidade da pessoa humana seja garantido. E dentro dessa perspectiva, é inegável que nos últimos anos, no Brasil, a Constituição vem conquistando força normativa e efetividade, fazendo com que os direitos fundamentais nela previstos sejam cada vez mais demandados e até mesmo judicializados.

2.1 – Os Direitos sociais

Embora todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988 estejam intrinsecamente relacionados, o presente trabalho irá focar nos direitos sociais e na caracterização de seu conteúdo essencial, a fim de desenvolver o estudo do direito à saúde e sua concretização na realidade brasileira.

Ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro, percebe-se que é preciso respeitar a vontade do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social está em grande parte vinculado a uma atuação positiva

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 158.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200, p. 111.

do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas, e modo de assegurar um patamar ao menos mínimo de condições para uma vida digna.

Portanto, baseiam-se na noção de igualdade material, no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas para exercê-la. Nesse caso, em vez de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste saúde, educação, segurança pública etc. Trata-se, portanto, de direitos positivos (impõem ao Estado uma obrigação de fazer).

Entretanto, no que toca aos processos de garantia desses direitos, a doutrina tem posicionamentos diversos. Parte dela dá um enfoque objetivo ao conteúdo essencial dos direitos sociais, entendendo que eles seriam coletivos, e, por isso, sua tutela individual deveria ser proibida em prol de uma isonomia efetiva.

Para alguns, somente nos casos de ameaça ao mínimo existencial seria possível uma proteção individual. Nesse sentido, Liane Cirne Lins:

A regra, portanto, deve ser a de que a titularidade dos direitos sociais é efetivamente social, razão pela qual se impõe sua proteção na forma social – vale dizer, de forma coletiva, difusa ou individual homogênea-, sem exclusão da possibilidade de haver residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial.¹⁷

Segundo Ricardo Lobo Torres, os direitos sociais máximos seriam obtidos pelo exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.¹⁸

Outros, no entanto, acreditam que esse enfoque objetivo conduz a uma incorreta primazia do coletivismo sobre o individualismo e, a fim de evitar isso, adotam um enfoque subjetivo dos direitos sociais, entendendo que a restrição de um direito somente ocorrerá no caso concreto, segundo a máxima da proporcionalidade entre os direitos e princípios que deverão prevalecer no caso em análise, não sendo possível que a concretização dos direitos fundamentais sociais fique aos desígnios do que cabe melhor à maioria.

Nesse sentido, a posição de Daniel Sarmiento:

¹⁷ LINS, Liane Cirne. *A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf> Acesso em 08/10/2014.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80-81. Citado por LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. Políticas Públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 157-158.

(...) os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público. (...) há muito mais convergência entre interesses públicos e direitos fundamentais do que colisão.¹⁹

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso:

Para que um direito fundamental seja restringido, em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos.²⁰

Há, portanto, um dilema na doutrina no que se refere à proteção e à restrição dos direitos fundamentais sociais; a como é feita a sua efetivação na realidade jurídica em que há outros direitos fundamentais em análise e na realidade social marcada por diferenças econômico-sociais significativas.

2.1.1 – Direito à saúde

Dentre os direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988, o direito à saúde tem sido alvo de importantes análises no que se refere ao que vem a ser o seu conteúdo essencial e a como se deve dar a sua efetivação na realidade brasileira.

Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, saúde é “o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade.”

Trata-se de um conjunto de preceitos higiênicos para os cuidados com as funções orgânicas de um indivíduo, a fim de prevenir doenças e de garantir o estado normal e funcionamento correto do organismo humano, e para com o bem estar geral e a qualidade de vida de cada cidadão.

Como direito fundamental social, o direito à saúde é um direito público subjetivo, logo, uma prerrogativa jurídica indisponível que deve ser assegurada a todas as pessoas e que

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. P. 32 e 51-52.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição do interesse público*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. XVI.

representa uma consequência constitucional indissociável do direito à vida, uma vida digna. Diante de sua importância, o texto constitucional dedicou-lhe seção exclusiva, do artigo 196 ao artigo 200.

O art. 196 da CF expõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tal preceito é complementado pela lei 8.080/90, que institui o SUS, em seu art. 2º:

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

O art. 196 da Constituição da República, garantidor do direito à saúde, é, dessa forma, a norma definidora de um direito subjetivo que enseja a exigibilidade de prestações positivas do Estado, estabelecendo um dever jurídico a ser cumprido em uma atuação efetiva.

A tutela desse direito apresenta duas faces – uma de preservação e outra de proteção. A primeira se refere às políticas de redução de risco de determinada doença, numa órbita genérica, com tratamento preventivo à coletividade de cidadãos. A segunda face, por sua vez, já estaria mais relacionada com as demandas protetivas da saúde de cada um, vendo-se o direito à saúde como um direito individual ao tratamento e a recuperação de uma determinada pessoa.

Como se pode ver pelo preceito do artigo 196, a Constituição trata o direito à saúde englobando o acesso universal a ações de promoção, proteção e recuperação de saúde, nos âmbitos individual e genérico, sem fazer qualquer distinção específica.

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção, e para que esta seja efetiva, depende do grau de desenvolvimento do Estado para fornecer as alternativas possíveis ao cidadão. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente, o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social conforme seus interesses próprios e para, adocendo, participar do estabelecimento do tratamento.

Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade, estabelecendo limitações aos comportamentos humanos individuais, exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para

preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer.

Além de um direito de prestação negativa, tem-se também o seu lado positivo, em que a oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam responde à exigência da igualdade.

É evidente também que, nesse viés coletivo, o direito à saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado, a fim de garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.

Assim, uma vez que o direito à saúde está relacionado tanto com o princípio da liberdade, quanto com o da igualdade, a sua tutela caracteriza-se por um equilíbrio instável entre tais valores. Logo, evidente a dificuldade que o Estado encontra para garantir tal direito, de forma a equilibrar devidamente tais princípios em conformidade com a declaração ampla de que todos têm direito à saúde no texto constitucional.

3 – As políticas públicas em direito à saúde

Como norma que enuncia direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal, o direito à saúde é, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, consoante disposto no art. 5, §1º, da CRFB/1988, independentemente, *a priori*, de qualquer ato legislativo ou de previsão orçamentária, aguardando-se tão-somente a efetivação pela Administração Pública.

Diante da força normativa da Constituição e, portanto, da norma de natureza programática do seu art. 196, torna-se indispensável a organização dos poderes do Estado a fim de efetivar a norma e, dessa forma, assegurar a cada pessoa o seu direito, demandando, inclusive, complementação legislativa ordinária, como é o caso da Lei 8.080/90.

E a fim de concretizar as normas constitucionais e infraconstitucionais referentes ao direito à saúde, André da Silva Ordacgy (ORDACGY, 2007, p.1) coloca a importância das políticas públicas:

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito

de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.²¹

Dotada de força normativa e principiológica, a Constituição Brasileira caracteriza-se como Constituição Dirigente e, nesse enfoque, as chamadas políticas públicas destacam o papel do Poder Executivo, em sua função administrativa, na determinação e conformação material das leis e das decisões políticas a serem executadas.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci:

Políticas públicas são programas de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios a disposição do estado e as atividades privadas – para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²²

Como se percebe, o conceito de políticas públicas pressupõe modelos de “programas”, “ações ou “atividades” públicas, evidenciando o comprometimento de todas as funções do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) com a efetivação das metas dos direitos fundamentais previstos na Carta constitucional.

Como coloca Oswaldo Canela Junior:

Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária.²³

O Estado é uno, e uno é seu poder, mas dentro da Constituição Dirigente de 1988, pautada no fundamento da divisão dos poderes, existem as diferentes formas de expressão desse poder estatal, com a divisão de atribuições distintas e independentes a cada uma, mas

²¹ ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em 12/10/2014.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

²³ JUNIOR, Oswaldo Canela. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. Tese de doutorado. Professor orientador: Kazuo Watanabe. p.17-19. Citado em: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.128.

devidamente harmonizadas a fim de serem instrumentos para a consecução dos fins do Estado previstos na carta constitucional, não podendo ser consideradas por si só.

A elaboração dos planos de governo, que encerram políticas públicas em todas as áreas da Administração, como as do direito à saúde, ficam a cargo do Legislativo e Executivo. E ao Poder Judiciário cabe investigar o fundamento de todos esses atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição.

No conceito ainda da linha de pensamento de Oswaldo Canela Junior:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. (...) Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF).²⁴

Para os cidadãos é, a princípio, indiferente como o Estado se organizará para promover o direito à saúde, contanto que efetivamente o assegure, não sendo possível passar sem consequências a sua omissão, tendo em vista que, como direito subjetivo, subsiste o direito das pessoas de exigir que o Estado intervenha de forma positiva para garanti-lo.

Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, o direito à saúde está previsto na Constituição, possui legislação infraconstitucional que o desenvolva (como é o caso da Lei 8.080/90) e que dá o ponto de partida para a criação de políticas públicas garantidoras do direito social a todos os indivíduos, às quais o Judiciário está constitucionalmente vinculado.

O legislador, o administrador e o juiz são, portanto, coautores das políticas públicas, cada um atuando com independência na sua função específica, mas em harmonia no que concerne à defesa da integridade e eficácia dos fins do Estado.

²⁴JUNIOR, Oswaldo Canela. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. Tese de doutorado. Professor orientador: Kazuo Watanabe. p.17-19. Citado em: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.129.

4 – O Poder Judiciário e os direitos fundamentais

É no sentido de o direito à saúde ser um direito subjetivo, que pode ser demandado pelo cidadão se não devidamente protegido e efetivado pelo Estado, que se insere a polêmica da atuação do Judiciário na promoção das políticas públicas devidas, a fim de concretizar os direitos fundamentais e os objetivos do Estado previstos na Constituição.

O Estado Democrático de Direito tem como importante ponto definidor a concretização do chamado Controle de Constitucionalidade, que retira a neutralidade de atuação que o Poder Judiciário tinha nos paradigmas de Estado anteriores.

Esse controle de constitucionalidade acontece com relação às leis infraconstitucionais e também com as políticas públicas, sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público em sentido estrito, e por intermédio do cotejo do objetivo desses atos com os fins do Estado.

Assim, todos os atos do Estado estarão, em maior ou menor grau, propensos ao controle judicial, uma vez que a atuação de cada um dos poderes extrai seus fundamentos da Constituição, cabendo, como se vê, ao Judiciário conferir a correta aplicação dos preceitos constitucionais.

Segundo Tércio Ferraz (FERRAZ, 1994), “De outra banda, o controle judicial será tendencialmente mais denso quão maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais.”²⁵

Assim, o reconhecimento da força normativa da Constituição, importante conquista do constitucionalismo contemporâneo, é pressuposto fundamental para a atuação mais presente do Judiciário no Estado atual.

A essência dessa doutrina da efetividade²⁶ das normas constitucionais é torna-las aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. O Judiciário entra como a função do Estado que, diante de uma violação dessa imperatividade da norma, seja por ação ou omissão, deve prover os meios necessários à tutela do direito ou bem jurídico afetado, restaurando a ordem jurídica.

²⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*. In: **Revista USP**, n. 21, p. 14, mar./abr./maio 1994.

²⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: Luís Roberto Barroso (org.), **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 2003.

A doutrina coloca que esses meios são a ação e a jurisdição, por intermédio dos quais o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular a sua reparação. Como coloca Barroso²⁷, isso se refere a todos os direitos subjetivos elencados na Constituição – políticos, individuais, sociais ou difusos – que passam a ser, em regra, exigíveis do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais previstas no ordenamento jurídico.

Diante do Estado Contemporâneo, que tem por finalidade última a garantia dos direitos fundamentais constitucionais e a transformação social visando atingir seus objetivos, Fábio Comparato (COMPARATO, 1989) entende ser claro que os indivíduos que o compõem “têm em conjunto o direito à aplicação dos programas de ação conducentes a esse resultado. E, se têm esse direito, devem ter também uma ação judicial que o assegure”.²⁸

Assim, a atuação do Judiciário no controle da efetiva proteção das normas constitucionais nos atos dos outros poderes não se constitui intervenção indevida, porquanto possui essa função enquanto expressão de um poder do Estado Democrático de Direito, está constitucionalmente vinculado aos atos do Estado, devendo atuar na prevenção ou reparação de toda lesão ou ameaça a direito que for provocado.

Nesse sentido, o Estado faz previsões em nível constitucional dos chamados direitos sociais, dentre os quais o importante direito à saúde, que devem ser efetivados a fim de satisfazer os objetivos da República. Para alcançar esse intento, estabelecem-se políticas públicas, planejadas com base nas demandas e no orçamento disponível de cada ente federativo.

Entretanto, são constantemente constatados os casos em que demandas de grupos sociais ou indivíduos não são devidamente atendidas pelas políticas do Estado, que, portanto, omite-se no cumprimento dos direitos fundamentais, ao não definir as necessárias políticas públicas ou ao não estabelecê-las de forma suficiente e igual a todos.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 17/09/2014.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Novas funções judiciais no estado moderno*. In: **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. P. 148.

4.1 – Atuação do Poder Judiciário: a judicialização do direito à saúde

Nesse novo contexto, marcado pelo Estado Democrático de Direito e pelos direitos sociais, como se vê, modifica-se o perfil do poder público e também da justiça estatal. Trata-se de garantir não apenas as liberdades negativas, mas também as liberdades positivas. E para a materialização de todos os direitos, sejam eles individuais ou supraindividuais, o acesso à justiça é requisito fundamental.

O Judiciário passa, portanto, a representar uma força de emancipação. É a expressão do poder estatal encarregada, por excelência, de fazer com que os preceitos da igualdade estabelecidos formalmente na Constituição prevaleçam na realidade concreta.

Para isso, presume-se, portanto, que o Poder Judiciário atua nos processos judiciais declarando o direito a ser aplicado ao caso concreto, controla a constitucionalidade das normas criadas e também acaba por controlar os atos administrativos sempre que houver ação indevida ou omissão do Executivo no planejamento de suas políticas.

Em outros termos, cabe ao judiciário não apenas proferir decisões sobre conflitos e ameaças a direitos individuais, mas funcionar também como uma força contramajoritária dentro da expressão de poder legislativa e executiva, salvaguardando a Constituição.

Como coloca Maria Tereza Sadek²⁹:

O desenho institucional presidencialista determinado pela constituição de 1988 conferiu estatuto de poder ao judiciário. Sua identidade foi alterada. De aplicador das leis e dos códigos, o judiciário foi configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os poderes executivo e legislativo.

Assim, o poder judiciário torna-se verdadeiro intérprete da constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico. Dessa forma, em tese, não há nenhum ato, quer estabelecido pelo Executivo, quer proferido pelo Legislativo, que não esteja sob a possibilidade de uma apreciação judicial.

Diante da realidade do Estado concebido na Constituição de 1988, a atuação judicial encontra respaldo em aspectos oriundos do desenho institucional e da amplitude dos direitos

²⁹ SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.13.

reconhecidos constitucionalmente, o que leva inevitavelmente a uma relação praticamente indissociável entre o poder judiciário e as políticas públicas.

As políticas públicas são uma espécie de programas do governo para se alcançar a efetivação de um direito social. Nesse sentido, a Constituição já fixou algumas das políticas públicas prioritárias que devem ser implementadas pelo Executivo e Legislativo, restando-lhes apenas a discricionariedade de meios.

É evidente que existe esse espaço de discricionariedade devidamente reconhecido ao legislador e ao administrador de tais políticas públicas, uma vez que são atos oriundos do exercício das funções específicas de tais poderes. Entretanto, tal espaço não é absoluto, pois está limitado pela obediência aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Conforme expõe Canotilho:

Assim, os direitos, liberdades e garantias constituem, desde logo, medidas de valoração decisivas quando a administração tem de densificar conceitos indeterminados ('segurança pública', 'sigilo', 'segredo de Estado', 'segurança de Estado'). Da mesma forma, quando a administração pratica actos no exercício de um poder discricionário, ela está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias. Aqui, dada a frouxa pré-determinação da lei, estes direitos surgem como parâmetros imediatos de vinculação do poder discricionário da administração.³⁰

Portanto, segundo Ingo Sarlet, os “direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado. Eles são decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da constituição”³¹, fazendo com que o Legislativo e o Executivo devam ter em vista essas diretivas no exercício de sua discricionariedade na escolha das políticas públicas.

Tal discricionariedade deve ser preservada, entretanto, seu exercício não pode vir a resultar em uma opção pela inércia, tendo em vista a vinculação dos poderes do Estado aos direitos fundamentais.

É nesse sentido que entra a atuação do Poder judiciário, no caso de omissão ou eventuais desvios nessas escolhas das políticas públicas prioritárias pelos outros dois poderes. Cabe-lhe: a) ser omissor e ineficaz, acabando assim, por esvaziar o conteúdo principal da constituição a qual está vinculado; b) ser responsável o suficiente para dar guarida aos direitos fundamentais ao conformar as políticas públicas aos objetivos previstos na Constituição.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 446.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 158.

Tendo em vista a Constituição Dirigente Brasileira, conceito desenvolvido por Canotilho³², as normas nela previstas não são meros programas de governo, mas diretrizes que devem ser observadas a todo momento nas atividades estatais, daí, então, que todos os poderes do Estado estão vinculados à concretização dos direitos constitucionais, restando ao Poder Judiciário a função de conformar a atuação dos outros poderes a tais direitos, sempre que necessário e com base em critérios fáticos e jurídicos, dentro do que preceituam os direitos fundamentais.

Nesse sentido, tem-se que os direitos fundamentais podem ser exigidos no Judiciário, enquanto direitos subjetivos que são, podem servir de parâmetro para a análise de constitucionalidade das ações e omissões do Estado no exercício das políticas públicas, ou também podem servir de fundamento para determinar a criação dessas políticas, caso inexistam.

Não é o caso de se substituir a discricionariedade do legislador e do administrador pela do juiz, trata-se apenas da tarefa judiciária de conformar as políticas públicas preferenciais constitucionais às atividades dos outros dois poderes.

Segundo as premissas apresentadas por Alexy:

(...) o Poder Judiciário não tem o condão de ‘*make public choices*’, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente os insertos no Texto Político, demarcadoras dos objetos e finalidades desta República Federativa (...) quando não efetivadas (as políticas públicas), dão ensejo à legítima persecução republicana para atendê-las administrativa, legislativa e jurisdicionalmente.³³

Essa relação leva a evidentes consequências que demonstram o desenvolver de um cenário bastante propício para o protagonismo judicial: a limitação da margem de discricionariedade dos atores políticos do Executivo e do Legislativo e a crescente ampliação das possibilidades de interferência no Judiciário em decorrência do amplo conjunto de direitos fundamentais previstos.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

³³ LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. P. 173-174.

4.2 – Críticas à atuação judicial em políticas públicas em saúde

No entanto, existe considerável resistência a esse controle do Judiciário nas políticas públicas, e os principais argumentos contrários a ele referem-se à teoria da separação dos poderes e à distinção entre a forma de exercício do poder jurídico e do poder político.

Com a mudança para um Estado Democrático de Direito pautado em uma Constituição com força normativa, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, passou a ficar cada vez mais vinculado aos escopos do Estado, não podendo mais ser neutro no exercício de sua atividade característica.

Nesse sentido, o Judiciário possui a premissa de intervir nos atos dos outros poderes, dentro do limite da discricionariedade de cada um deles, a fim de ver efetivados os direitos fundamentais previstos na Constituição, a qual todos os poderes estão irremediavelmente vinculados.

Não se trata de usurpar o princípio constitucional da Separação dos Poderes, mas apenas de realocar as funções e responsabilidades de cada uma das expressões do Poder do Estado. Conforme explica Eduardo Apio:

A separação dos poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não especializado, desde que compatível com sua atividade-fim.
(...) É da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal. Andreas Krell recorda, neste sentido, que, ‘na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde sua finalidade’.³⁴

O princípio da separação dos poderes não poder ser visto como mero fim em si mesmo, mas como meio de efetivação da Constituição, e, para tanto, coube ao Poder Judiciário ser um intérprete constitucional qualificado, atuando diretamente na preservação da supremacia da Constituição.

Como coloca Sérgio Cruz Arenhart:

(...) portanto, que o sistema adotado no Brasil não é o da ‘separação de poderes’, mas sim o do ‘balanceamento dos poderes’. (...) o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros ‘poderes’ – seja negando

³⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. P.90.

força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais. (...) sempre que a atividade dos outros ‘poderes’ se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológicas da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, *seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a, quando verificada omissão*.³⁵

Quanto ao óbice da distinção entre o poder político e o poder jurídico, tem-se que considerar que ambos os poderes tem sua legitimidade de atuação na Constituição, estando fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial, logo, tais poderes atuam de forma independente em suas respectivas funções, mas em harmonia visando à concretização da norma constitucional.

Mas esse papel do Judiciário de guardião da Constituição, no que se refere à atuação da Administração em políticas públicas, tem sido questionado e criticado por parte da doutrina.

Virgílio Afonso da Silva mostra que “o papel do direito é constantemente colocado à prova, visto que, na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito.”³⁶

Alguns entendem que a atuação do Judiciário na fiscalização da implementação das políticas públicas ou na busca pelo suprimento das mesmas quando a Administração Pública mostra-se omissa é uma indevida intromissão na atividade específica da forma de expressão do Poder Executivo.

Dentro de um Estado Democrático de Direito dotado de uma Constituição suprema, os críticos da atuação judicial em políticas públicas, por evidência, não negam que os direitos fundamentais devam ser efetivados na realidade por todas as esferas do Poder Estatal. No entanto, entendem que, além da vinculação à normatividade da Constituição, os poderes estatais também têm sua atividade limitada por ela.

Nesse sentido, estão os principais pressupostos da doutrina para limitar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas: a garantia do mínimo existencial e a reserva do possível.

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano I, número I, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf. Acesso em 19 de setembro de 2014.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. P.588. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

4.2.1 – O mínimo existencial

Consoante o disposto no art. 3º da CF/88, o Estado tem como objetivo fundamental a observância de certos direitos, cuja implementação exige a formulação de políticas públicas. Esses direitos possuem um núcleo central que deve ser preservado e desenvolvido a fim de assegurar um mínimo existencial capaz de garantir a dignidade humana.

Esta garantia do mínimo existencial exige prestações positivas por parte do Estado, que inclui, dentre outros, o direito à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, à tutela do ambiente e o acesso à justiça.

Se a garantia a esse mínimo existencial não for cumprida pelo Estado, justifica-se a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, seja para corrigir as políticas ineficientes, seja para implementar as inexistentes, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa.

Para Ana Paula Barcelos, o mínimo existencial é constituído pelas condições necessárias para uma existência básica, mas plena, e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual deve ser reconhecida eficácia jurídica, logo, pode ser exigida judicialmente em caso de inobservância.³⁷

Elmo José Duarte de Almeida Junior discorre sobre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial a ser preservado a fim de promovê-la:

A Constituição Federal de 1988, logo em seu art. 1º, inciso III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Este dispositivo revela claramente que o Constituinte Originário colocou o Ser Humano como o objetivo central de todo o ordenamento constitucional, fundamentando e orientando todo o sistema, de forma que ele esteja totalmente voltado para a sua efetiva proteção. (...) É justamente inserida nessa dimensão positiva do princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra a noção do mínimo existencial a ser resguardado pelos direitos sociais de prestação. A preocupação com o mínimo existencial exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência do indivíduo e de sua família. Nesse aspecto, o mínimo existencial vincula as prestações estatais para que sejam cumpridas as aspirações do Estado Democrático de Direito.³⁸

³⁷ BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248 e 252-253.

³⁸ ALMEIDA JUNIOR, Elmo José Duarte de. *Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível*. Teresina, ano 11, n. 1552, 1º de setembro de 2007. P. 13-14, Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16050-16051-1-PB.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

Dessa forma, a ideia do mínimo existencial não se configura como um limite à atuação estatal em políticas públicas, mas, constitui-se, na verdade, em um pressuposto para essa intervenção quando esta seja necessária a fim de garantir a eficácia imediata e direta dos princípios e normas constitucionais. Segundo Appio, o Judiciário só deverá intervir, portanto, quando o mínimo existencial à vida digna estiver ameaçado.³⁹

No entanto, a Constituição apresenta uma série de direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana. Dentro de uma realidade complexa, como a brasileira, é importante observar que, na maioria das vezes, o Estado não tem recursos sociais, financeiros e estruturais suficientes para proteger todo o mínimo existencial.

Para muitos autores, portanto, embora a garantia do mínimo existencial constitua o pressuposto para a intervenção do Judiciário, é preciso estabelecer os critérios para que essa atuação ocorra dentro da harmonia que deve existir entre as expressões do poder estatal e em respeito a todos os direitos fundamentais.

A principal pergunta que se faz diante dos direitos sociais fundamentais à dignidade da pessoa humana é: qual o mínimo existencial que deve prevalecer?

É neste momento que entra o chamado princípio da razoabilidade, que se mede pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade: a busca do equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

A respeito desse princípio, Canotilho sustentou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação de meios, que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade, que impõem a ideia de menos desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, importando na justa medida entre os meios e o fim.⁴⁰

Este princípio obriga a todos os poderes do Estado, e quanto ao Poder Judiciário aqui em principal análise, João Batista Lopes leciona:

Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão.(...) Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir a razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico.⁴¹

³⁹ APPIO, Eduardo. Op. Cit. P 172-174.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ed. Coimbra: Almedina, 1995.

⁴¹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 72/73.

Esse princípio da proporcionalidade, ligado ao da razoabilidade, apresenta, portanto, duas facetas: a de que deve haver uma proporcionalidade entre os diferentes direitos a serem protegidos, estabelecendo-se um limite entre a proteção de cada um deles em face dos outros, mas que tal limite deve ser razoável, a fim de garantir a proteção do mínimo existencial aos indivíduos, sem que haja limitações inadequadas e desnecessárias, gerando prevalência de certos direitos fundamentais sobre os outros.

Assim, a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, utilizando-se das regras de razoabilidade e proporcionalidade, dar-se-á por intermédio da análise da situação em concreto, observando se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta em conformidade com os interesses do indivíduo e da coletividade a que pertence, estabelecidos pela Constituição. Do lado do autor, o juiz apreciará a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público, e por parte deste, analisará se a escolha do agente público foi ou não desarrazoada.

Dentro desse aspecto da atuação razoável dos poderes estatais na concretização dos direitos fundamentais, parte da doutrina e da jurisprudência pátrias defendem que é razoável a limitação orçamentária nas políticas públicas, tendo em vista que os recursos do Estado são limitados e finitos, logo, a efetivação dos direitos constitucionais deve estar pautada no que o orçamento público estabeleceu, isto é, deve haver um equilíbrio entre a promoção do mínimo existencial e a chamada reserva do possível.

4.2.2 – A reserva do possível

Qualquer implementação de política pública prevista legalmente requer o despendimento de recursos financeiros por parte do Estado. Este trabalha, portanto, na concretização de políticas públicas pautado em uma disponibilidade financeira conhecida na doutrina como a reserva do possível.

Como as demandas em políticas públicas são muitas e os recursos finitos, a Administração acaba sempre tendo que escolher quais políticas implementar e quais receberão mais financiamento, para além do já previsto na Constituição e Leis Orçamentárias. Dessa

forma, muitas das vezes a Administração justifica a sua omissão com o argumento de que não existem verbas suficientes para implementá-la.⁴²

É fato que o Estado possui recursos finitos, mas isso não pode justificar uma total omissão na concretização de políticas públicas. Afinal, diante da ideia de que os direitos possuem um mínimo existencial a ser garantido pelo Estado, tem-se que não está no âmbito da discricionariedade administrativa decidir consoante sua reserva financeira se cabe concretizá-los mediante políticas públicas ou não. A observância dos direitos fundamentais se faz obrigatória, e cabe, assim, ao Estado remanejar suas finanças a fim de cumprir com esse dever.

Nesse sentido de garantir que ao menos o conteúdo essencial do direito fundamental seja provido, boa parte da doutrina entende que pode o Judiciário intervir. Entretanto, sempre adstrito ao limite fático da reserva do possível, isto é, o Judiciário pode requerer que, independentemente dos limites financeiros, o Estado promova uma política pública, mas não pode condenar a uma imediata efetivação, pois está limitado pelo que prevê o orçamento e o planejamento dos entes estatais.

Nesse sentido, diz Arenhart⁴³:

Outro obstáculo comumente apontado para inibir o Poder Judiciário de controlar políticas públicas é a chamada “reserva de cofres públicos” ou “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen).

[...]

Como se afirma, não há maneira para impor-se ao Poder Público a obrigação de atuar em determinado sentido, porque pode haver restrições de ordem material e, especialmente, orçamentárias que impeçam este agir. Considerando que o orçamento é limitado – e que cabe ao poder discricionário do Estado a escolha da prioridade dos investimentos – não poderia o Poder Judiciário substituir-se aos legítimos administradores, para ditar a forma como o dinheiro público deve ser prioritariamente gasto.

[...]

A reserva do possível, inquestionavelmente, constitui limite à atuação judicial. De fato, pouco resolve o magistrado impor ao Estado determinada prestação fática, quando este puder escudar-se com a afirmativa de carecer de recursos materiais para cumprir a determinação judicial. Estar-se-ia diante de decisão fadada à frustração, já que não seria realizada, nem se podendo cogitar de técnicas para impor a prestação. Não obstante tais considerações, embora se reconheça a importância da cláusula de reserva do possível como limitador à atuação jurisdicional na implementação de políticas públicas, deve-se notar que este elemento não pode ser considerado como obstáculo absoluto. Realmente, embora o Poder Judiciário não tenha a autoridade de impor ao Estado determinada prestação quando este não disponha dos meios materiais para a consecução daquela conduta, daí não resulta a insindicabilidade geral dos atos de governo, sob o simples argumento da ausência de disponibilidade financeira para tanto.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138.

⁴³ ARENHART, Sergio Cruz. Op. Cit. P. 14-17

Assim deve ser porque, conquanto os limites orçamentários possam constituir elemento de preocupação na imposição de políticas públicas ao Estado, tais políticas, muitas vezes, realizam garantias fundamentais, a cuja concretização se comprometeu o próprio Estado em seu estatuto constitucional.

[...]

Sempre, pois, será possível o controle judicial das políticas públicas – mesmo diante da reserva do possível – quando se tratar de garantir direitos fundamentais mínimos.

Portanto, o limite à atuação do Judiciário em políticas públicas conhecido como reserva do possível não pode ser visto como absoluto, tendo em vista que existe um conteúdo mínimo existencial de cada direito que deve ser garantido por todos os poderes do Estado, mesmo que de forma gradual consoante suas reservas financeiras.

Assim, as políticas públicas tentam atuar equilibrando os princípios do mínimo existencial e o da reserva do possível, e as demandas que chegam ao Judiciário seguem muitas vezes as mesmas premissas. Entretanto, como se pode ver são limites bastante semânticos, cujo conteúdo pode se tornar bastante subjetivo diante da realidade, tornando difícil a sua verificação concreta e, logo, a concretização do direito à saúde conforme o caso que se esteja analisando.

Nesse sentido, torna-se imprescindível adotar-se parâmetros que sejam mais objetivos e perceptíveis na realidade, isto é, pontos de limites à atuação judicial que estejam condizentes com a situação que se é posta, e não vinculados com princípios capazes de abranger uma série de posicionamentos.

CAPÍTULO 2: A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E OS POSICIONAMENTOS DE LUÍS ROBERTO BARROSO E GILMAR MENDES

Consoante apresentado até agora neste trabalho, a temática do direito à saúde e a forma da sua efetivação no Estado Democrático de Direito Brasileiro é uma questão significativa e que constantemente se apresenta na realidade diária, visto que embora garantido constitucionalmente, o direito à saúde ainda não é plenamente assegurado a todos os cidadãos.

Apresentados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais referentes ao direito à saúde, o conceito de políticas públicas para a efetivação do mesmo e a análise ampla da atuação dos Poderes estatais nesse processo, foram também elencados os principais posicionamentos que abarcam a questão da intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde.

Dentro dessa perspectiva, os atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes possuem posicionamentos significativos para o destrinchar da questão em análise.

Luís Barroso em seu texto “*Da Falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*” e Gilmar Mendes no relatório do seu voto proferido no Agravo Regimental na STA 175, apresentam, cada um, análises importantes do tema, consubstanciadas com os argumentos favoráveis e desfavoráveis apresentados até aqui, e elencam os parâmetros que entendem ser cabíveis para delimitar a atuação judicial dentro do previsto constitucionalmente.

A fim de compreender mais profundamente a questão da intervenção judicial no direito à saúde e poder chegar a uma conclusão coerente, embora nunca definitiva, sobre o assunto, passa-se a apresentar as ideias demonstradas pelos autores.

I – Luís Roberto Barroso

Barroso em seu texto desenvolvido a pedido da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, busca elencar as principais críticas à judicialização dos direitos sociais e, a partir

disso, desenvolver critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação do Judiciário no campo das políticas públicas.

Por mais que a análise de Barroso refira-se em específico à atuação do Judiciário no fornecimento de medicamentos, é possível transpor suas críticas e posicionamentos para a atuação do Judiciário nas políticas públicas do direito à saúde em geral.

Para o jurista, sempre que a Constituição define um direito fundamental, ele se torna exigível de todos os Poderes do Estado, inclusive mediante ação no Poder Judiciário:

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.⁴⁴

Dentre esses direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 colocou todos os cidadãos brasileiros como titulares do direito à saúde, positivando, assim, tal direito e também estabelecendo a universalização dos serviços públicos de saúde, por meio da implementação do SUS.⁴⁵

Embora a discussão do tema, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, acabe sempre se referindo ao óbice da contraposição entre o valor do direito à saúde e o princípio da separação dos Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível, Barroso sustenta que o cerne da questão consiste na complexa ponderação entre o direito à vida e à saúde de uns em face do direito à vida e à saúde de outros.⁴⁶

E dentro dessa dinâmica entre os vieses individual e coletivo do direito à saúde, o autor coloca que só caberá a intervenção do Poder Judiciário, e com as devidas ressalvas, em três hipóteses de atuação das outras formas de Poder Público na concretização do direito à saúde: a) quando houver omissão de um desses Poderes Públicos no exercício de suas atividades expressivas; b) quando a ação de qualquer um dos Poderes for contrária ao que diz

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 17/09/2014, p. 12.

⁴⁵ O Sistema Único de Saúde foi pensado com base no artigo 198 da Constituição: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único” que deve ser “descentralizado” e deve garantir “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. Consoante a Lei nº 8.080/90, o SUS foi então concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta, com participação da iniciativa privada em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI).

⁴⁶ BARROSO, Op. Cit., p. 4

a Constituição; e, c) quando mesmo agindo, o Poder atuante não garanta o atendimento do mínimo existencial.⁴⁷

Dessa forma, qualquer atuação do Judiciário na busca pela implementação do direito em análise será considerada desarrazoada pelo presente autor se estiver fora dessas hipóteses específicas e deverá ser aferida a fim de constatar não se tratar de invasão abusiva na esfera de deliberação dos outros poderes.

Nesse sentido, o estudo de Barroso traz uma grande contribuição ao presente trabalho, visto que pontua cada uma das diferentes críticas existentes ao fenômeno do ativismo judicial nas políticas públicas referentes ao direito à saúde, as quais serão explanadas sucintamente.

1 – Críticas ao ativismo judicial excessivo

A fim de melhor entender as críticas para, posteriormente, estabelecer os parâmetros da atuação judicial não-excessiva, o presente trabalho organizou as críticas elencadas no texto do Barroso de acordo com os princípios nos quais se fundam.

1.1 – Críticas com base no princípio da Separação dos Poderes

A crítica mais recorrente, segundo Barroso, entende que a norma constitucional que visa à garantia do direito à saúde, o artigo 196 da CF, tem caráter programático, logo, deve ser estabelecida e implementada pelos poderes definidos pela Constituição como dotados dessa forma de atuação, quais sejam: Legislativo e Executivo, na opinião de tal corrente.

Nesse sentido, reforça a linha crítica que entende que o problema da atuação do Judiciário no direito à saúde é de caráter institucional, uma vez que a forma de expressão de cada poder para concretizar este direito está estabelecida no desenho institucional previsto constitucionalmente. Assim, coloca-se que o poder constituinte originário determinou que tal direito fosse garantido através de políticas promovidas pelo Poder Executivo, tendo em

⁴⁷ “Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.” BARROSO, Op, Cit., p. 22.

consideração que seria essa a vertente do poder estatal que melhor otimizaria a relação prestação do direito e gastos públicos com saúde.

Assim, também, complementa a chamada crítica técnica, defensora de que o Judiciário não domina o conhecimento técnico específico para implementar políticas públicas, visto que o entendimento do desenho institucional da Constituição colocou que as atribuições dos poderes Legislativo e Executivo são as necessárias e suficientes para aplicar direta e imediatamente o preceito programático que positiva o direito à saúde.

Para além do argumento técnico que fundamenta este arranjo institucional, existe também a crítica referente à legitimidade democrática de cada um dos poderes na sua forma de atuação. Essa crítica entende que cabe ao povo decidir, diretamente ou por seus representantes eleitos, como quer que as políticas públicas da saúde sejam feitas: que recursos devem ser gastos e como os fazer, se será priorizando medidas corretivas ou medidas de prevenção da saúde. Nesse sentido, a atuação judicial, de evidente caráter minoritário e feita por juízes não delegados pelo povo, seria totalmente imprópria.

Assim, segundo tais entendimentos, as decisões judiciais que determinem a aplicação imediata de tal direito geram uma mudança significativa do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988, fazendo com que o Poder Executivo, primordialmente, perca sua capacidade de se planejar para atender da melhor forma às demandas da saúde pública, comprometendo, de forma muitas vezes irremediável, a eficiência administrativa no atendimento do indivíduo.

O autor Marcos Maselli Gouvêa consegue sintetizar os principais pontos que o conjunto de críticas pautadas no princípio geral da Separação dos Poderes faz à atuação judicial nas políticas públicas, *in casu* de direito à saúde:

O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público.⁴⁸

⁴⁸ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Editora Forense Jurídica, 2003, p.22-3.

1.2 – Críticas com base no princípio da reserva do possível

Outro campo de crítica que tem tido muita força dentro da doutrina⁴⁹ e da jurisprudência⁵⁰ de muitos tribunais é a crítica financeira, pautada no princípio da reserva do possível.

O Estado possui recursos finitos e limitados, logo, precisa ponderar e escolher em que setores irá atuar, o que implica em escolhas difíceis, visto que aplicar recursos em determinadas áreas leva a deixar de investir em outras.

Nesse sentido, essa linha de argumentação entende que, uma vez que o Legislativo decidiu no orçamento público como serão afetados os recursos disponíveis e, a Administração Pública planejou, com base na reserva dos recursos destinados à saúde, como atender as políticas públicas que se decidiu incentivar na área, a atuação do Judiciário a fim de efetivar demandas específicas de saúde estará interferindo indevidamente em toda essa organização orçamentária e, conseqüentemente, prejudicando a concretização das políticas públicas pré-estabelecidas.

Dessa forma, a linha crítica que faz uma análise econômica do direito da Constituição Brasileira entende que as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz constitucional de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Logo, os recursos financeiros disponíveis devem ser implementados primordialmente em políticas públicas de saúde coletivas, como as de saneamento básico e campanhas de vacinação gratuitas.

De acordo com esse entendimento, os poderes Legislativo e Executivo fazem essa promoção coletiva do direito à saúde, enquanto que o Judiciário acaba por exercer uma promoção individual, a qual torna-se indevida, portanto, por atender somente àqueles que

⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível*. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson Miranda Coutinho (Org.), 2004, p. 455-6: “A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: (...) d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: ‘não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.’ e) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jufundamental.”

⁵⁰ Apelação Cível 1994.001.01749TJRJ, julgado 20 set. 1994, Rel Des. Carpena Amorim: “Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (DP) Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenço”.

entram com ação na Justiça a fim de obter tutela de um direito que, embora previsto amplamente, foi delimitado pelas políticas públicas para atender à conjuntura de princípios da constituição.

2 – Parâmetros sugeridos por Luís Roberto Barroso

Com base nessas críticas apresentadas, Barroso buscou estabelecer os parâmetros para que a atuação judicial, nas hipóteses que ele entende cabível, seja devida e conformada à normatividade que a Constituição exige.

Em específico, o autor estabelece seus parâmetros para atuação judicial no fornecimento de medicamentos, entretanto, nada impede que eles sejam usados para outras atuações do Judiciário nas políticas públicas de direito à saúde. Assim, como o autor entende que a discussão principal refere-se à prestação coletiva em face da prestação individual do direito à saúde, ele divide os parâmetros em relação às ações individuais e às ações coletivas.

2.1 – Parâmetros para as ações individuais

Barroso define o parâmetro nos seguintes termos: “No âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos.”⁵¹

Assim, entende que as demandas pretendidas nas ações individuais com base no art. 196 da CF, só devem ser providas caso estejam já previstas nas políticas sociais e econômicas definidas pelos poderes Legislativo e Executivo, visto que parte do pressuposto de que estes poderes avaliaram as verdadeiras demandas da sociedade e, com base nos recursos disponíveis, estabeleceram as políticas públicas necessárias para se garantir a isonomia na prestação do direito à saúde aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário.

Com isso, Barroso defende, em parte, o argumento da legitimidade democrática e técnica dos poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas em saúde,

⁵¹BARROSO, Op, Cit., p. 29.

posto que argumenta que os recursos necessários para custear tais políticas advém dos tributos, estes, por sua vez, são pagos pelos cidadãos, logo, conclui que cabe ao povo, por meio de seus representantes eleitos, decidir em que necessidades sociais serão os recursos investidos. Assim, qualquer decisão judicial que não esteja dentro dessa escolha majoritária será questionada e passível de ser considerada indevida.

Esse entendimento predominou no Superior Tribunal de Justiça, como na Suspensão de Tutela Antecipada 59/SC em que o Ministro Nilson Naves diante da existência de uma política nacional de distribuição gratuita de determinado medicamento, entendeu que a decisão que obriga a fornecer qualquer outra espécie de substância fere a independência entre os Poderes⁵². Afinal, se já foram estabelecidas determinadas políticas públicas, com base em estudos técnicos, não é cabível a ingerência do Judiciário.

2.2 – Parâmetros para as ações coletivas

Portanto, segundo Barroso, uma vez existindo políticas públicas em direito à saúde, não cabe ao Judiciário intervir a fim de implementar uma demanda individual específica que não está prevista em tais políticas. Entretanto, o que ele entende cabível é a discussão do conteúdo dessas políticas públicas no Judiciário, por meio de uma ação coletiva.

O pressuposto de que as esferas legislativa e executiva do Poder Estatal são as que possuem as atribuições mais adequadas para definir e engendrar as políticas públicas em saúde não é absoluto. Logo, o Judiciário, embora não possa fazer uma nova escolha frente à que foi feita por esses poderes, tem a atribuição constitucional de controlá-la.

Assim, Barroso coloca que, no caso da distribuição de medicamentos, por exemplo, o Poder Judiciário poderá analisar a lista elaborada pelo ente federativo encarregado e, caso

⁵² STJ, STA 59/SC, DJU de 2 fevereiro de 2004, Rel. Min. Nilson Naves. “A matéria posta em debate é de grande relevância, pois, se, por um lado, está o órgão ministerial defendendo o acesso universal a todas as formas de tratamento recomendadas pela sociedade médica, por outro está a União a defender sua política pública de distribuição de medicamentos, a qual segue procedimentos próprios estabelecidos em lei. Na hipótese, consoante os elementos acostados aos autos, parece-me que assiste razão à requerente, na medida em que afirma que a decisão impugnada tem potencial para causar lesão à ordem e à saúde públicas. Com efeito, o Juízo de 1º grau, ao impor tal obrigação em sede de tutela antecipada – fornecimento de medicamento a qualquer pessoa, independentemente da listagem oficial da RENAME –, incursionou por seara exclusiva da Administração, afetando, em consequência, a saúde pública, visto que, como afirmado acima, a escolha dos medicamentos a serem adotados na Política Nacional de Medicamentos segue procedimentos baseados em critérios técnico-científicos.”

verificado grave desvio na avaliação técnica, financeira e social, poderá decidir pela inclusão de determinado medicamento e esta decisão será oriunda de uma intervenção cabível.⁵³

No entanto, o autor chama atenção para um ponto essencial desse parâmetro: para a intervenção do Judiciário no processo de alteração de uma política pública ser considerada cabível e devida, essa pretensão de mudança deve advir de uma ação coletiva, em defesa de direitos difusos ou coletivos dentro do direito à saúde, ou de uma ação abstrata de controle de constitucionalidade, quando se quiser discutir a validade das alocações orçamentárias para as políticas. Para ele, existe um conjunto de razões para essa condição do parâmetro.

A primeira razão é de que a ação coletiva ou a ação abstrata garantem uma análise de todo o contexto que envolve a política pública que se busca discutir, pois, devido as suas condições específicas e aos legitimados a propô-las (Ministério Público, associações, etc), permitem que sejam demonstrados vários elementos abrangentes das demandas da sociedade e dos recursos usados, diferentemente de uma ação individual.

A segunda apresenta o embate entre micro-justiça e macro-justiça. Em uma ação individual o juiz acaba por se limitar às especificidades do caso concreto, esquecendo-se de todo um contexto de orçamento e políticas públicas estabelecidas, enquanto que na ação coletiva, em conjunto com a primeira razão, o juízo acaba por ter noção desses recursos limitados e de como terá de atuar para atender as demandas de uma coletividade que, ao contrário, tendem a ser ilimitadas e diversificadas.

A terceira razão diz respeito aos efeitos que a decisão em uma ação coletiva irá proporcionar: efeitos *erga omnes*, nos termos definidos em lei. Segundo Barroso, isso preserva a igualdade e a universalidade na prestação do direito à saúde para a população, evitando aquele embate crucial do direito individual e direito coletivo à saúde, “ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal.”⁵⁴

Dentro dessa possibilidade de discussão do conteúdo das políticas públicas em saúde, Barroso elenca alguns outros parâmetros auxiliares a esses principais, principalmente no que se refere à revisão da lista de medicamentos fornecidos pelo Estado.

São parâmetros voltados principalmente à reserva de recursos do Estado e à preservação da capacidade técnica do Poder Executivo na escolha de como se dará as políticas públicas.

⁵³ BARROSO, Op, Cit., p 31.

⁵⁴ BARROSO, Op, Cit., p 33.

Em resumo, os parâmetros auxiliares aos já elencados podem ser assim entendidos: a) o Judiciário só poderá determinar a alteração da política pública deficiente com medidas (medicamentos, tratamentos, projetos) de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos; b) o Judiciário deve optar por substâncias disponíveis e tratamentos em estabelecimentos no Brasil⁵⁵; c) o Judiciário deve optar pelo medicamento genérico e o tratamento de menor custo, dentre os que atendem a mesma necessidade; d) o Judiciário deverá considerar se o medicamento e/ou tratamento é indispensável à manutenção da vida.

Por fim, Barroso elenca o parâmetro referente a quem deve figurar no polo passivo dessa ação coletiva que visa à discussão das políticas públicas, tendo em vista que o sistema de saúde brasileiro caracteriza-se pela integração e solidariedade entre os entes.

Para o autor, o ente federativo que deve figurar no polo passivo da ação é o que foi responsável pela política pública⁵⁶:

Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do polo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.

II - STA 175 STF, Gilmar Mendes

Para além dessa série de parâmetros colocados pela análise de Luís Roberto Barroso, outro marco importante dentro da discussão do direito à saúde no Brasil está no relatório

⁵⁵ “A inclusão de um novo medicamento ou mesmo tratamento médico nas listas a que se vinculam os Poderes Públicos deve privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS. Trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário.” BARROSO, Op, Cit., p. 34.

⁵⁶ BARROSO, Op, Cit, p. 35.

proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na decisão do Agravo Regimental interposto pela União contra decisão da presidência do STF em sede da STA 175.⁵⁷

Tal agravo regimental foi desprovido, por unanimidade de votos, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, consoante os fundamentos elencados na seguinte ementa e que acabam por resumir os pontos principais da questão em análise:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvam direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

1 - O caso

O caso em análise refere-se ao fornecimento do medicamento *Zavesca (miglustat)* em favor de Clarice Abreu de Castro Neves.

Foi ajuizada ação civil pública pelo Ministério Público Federal, a fim de que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fossem impelidos do fornecimento do medicamento *Zavesca (miglustat)* à Clarice Abreu de Castro Neves, jovem de 21 anos à época dos fatos e portadora de doença neurodegenerativa progressiva (*Niemann-Pick* Tipo C), tendo em vista que a dosagem mensal giraria em torno de R\$ 52.000,00, valor de aquisição impossível de ser pago pelos genitores da paciente.

Inicialmente, o feito foi extinto sem julgamento do mérito, sob o fundamento da ilegitimidade ativa do Ministério Público, com base na maioria da pessoa doente e no fato de que o MPF não poderia substituir a Defensoria Pública.

Entretanto, em sede de apelação firmou-se o entendimento de que direito à saúde é um direito indisponível, logo, merecedor de amparo mediante ação civil pública, que o Ministério

⁵⁷ O Agravo regimental foi interposto contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, também formulado pela União, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº 408729/CE (2006.81.00.003148-1). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em 22/09/2014.

Público detém legitimidade para propor.⁵⁸ Assim, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região concedeu a tutela antecipada pedida.

Posteriormente adveio o pedido de suspensão da tutela antecipada interposto pela União, o qual foi indeferido pelo presidente do STF por não se constatar, no caso, grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas. Em face dessa decisão, foi então interposto agravo regimental pela União. São os fundamentos e parâmetros elencados pelo voto do presidente do STF à época, o Ministro Gilmar Mendes, que serão agora expostos e analisados.⁵⁹

2 - O relatório do Voto do Ministro Gilmar Mendes

Os argumentos trazidos pela União no seu agravo regimental referem-se, em boa parte, às já citadas críticas à intervenção judicial em casos de direito à saúde, pois defendem que a concessão da tutela antecipada no caso (i) causa grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas; (ii) viola o princípio da separação dos poderes e as normas e regulamentos do SUS e (iii) desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas.

Diante desse caso concreto, e da relevância do tema da efetivação do direito à saúde⁶⁰, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, decidiu fazer uma análise mais ampla a fim de abarcar com cuidado as questões complexas que envolvem o assunto, buscando entender como se dá a intervenção do Judiciário nos casos de direito à saúde e quais as críticas a essa atuação, a fim de assim tentar estabelecer parâmetros para uma atuação judicial dentro do que prevê a Constituição do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Para tanto, analisou o que a atual jurisprudência estabelece nos casos concretos, como a doutrina pensa a respeito do assunto e também levou em conta o que foi colhido de dados e

⁵⁸ Segundo o disposto nos art. 127, *caput*, da CF/88, c/c o art. 129, III e IX, da Carta Magna, no art. 25, IV, *a*, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, e no art. 60, VI, *d*, da Lei Complementar nº 75, de 10.02.1993, Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais indisponíveis.

⁵⁹ Relatório e voto do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental na STA 175. Julgado em 17/03/2010 e publicado no DJe de 30/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiannoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em 20/09/2014.

⁶⁰ Segundo Gilmar, “O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. MENDES, Op, Cit., pp. 9-10.

opiniões na Audiência Pública – Saúde, realizada no STF nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6, e 7 de maio de 2009.⁶¹ E a partir de toda essa conjuntura realizou uma importante e detalhada análise do art. 196 para entender o que cada ponto deste dispositivo diz para uma devida efetivação do direito à saúde.

2. 1 – Análises apresentadas no relatório

Nos casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal⁶², como o da STA 175, o que mais acontece é a tentativa do ente Público suspender decisões judiciais que concederam o direito à saúde. Segundo Gilmar:

Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).⁶³

Em termos doutrinários, Gilmar coloca que teses até mesmo antagônicas desenvolvem-se buscando delimitar *se, como e em que medida* o direito à saúde previsto na Constituição traduz-se em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado e, portanto, sujeito à medidas garantidoras pela via judicial.⁶⁴

Para ele, as diferenças de posicionamento quanto à intervenção judicial no direito à saúde referem-se, primordialmente, ao caráter de direito a ser prestado pelo Estado e à necessidade de se compatibilizar os elementos dicotômicos “mínimo existencial” e “reserva do possível” nessa prestação.

⁶¹ A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Conteúdo da Audiência Pública disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>> Acesso em: 25/10/2014.

⁶² O tema da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde tem repercussão geral, conforme a ementa do RE 566.471: SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.”

⁶³ MENDES, Op, Cit., 18.

⁶⁴ MENDES, Op, Cit., 6.

Como direito fundamental e social que é, o direito à saúde, portanto, requereria tanto uma dimensão de proibição de intervenção, relacionada à proibição de excesso, quanto uma dimensão de proibição da proteção insuficiente.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar coloca:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos público para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.⁶⁵

Assim, uma vez que demanda recursos públicos para a sua efetivação, parte da doutrina entende que as normas que consagram o direito à saúde assumem um caráter programático, logo, dependem primeiro da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis, não bastando, portanto, a disposição constitucional do art. 196 da CF. Dessa forma, qualquer intervenção do Judiciário anterior à elaboração dessa política constitui uma violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da reserva do financeiramente possível.

Essa formulação de políticas públicas, por sua vez, precisa levar em conta as especificidades das diferentes demandas da sociedade plural em que vivemos, o que, consequentemente envolverá escolhas pautadas em elementos de macro-justiça sobre com quais delas irá se gastar mais ou menos recursos. Essas opções devem seguir, *a priori*, critérios de justiça distributiva, “é dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.”⁶⁶

Nesse sentido, os que são contrários à atuação do Judiciário argumentam que este Poder concretiza o direito pautando-se em elementos de micro-justiça, ou seja, a partir do caso concreto em análise. Logo, se colocado a analisar uma pretensão à prestação de um direito social como o direito à saúde, ele não teria a devida capacidade de analisar as consequências de sua decisão no contexto geral da sociedade, o que no ver dessa parte da doutrina, causaria grave prejuízo à coletividade.⁶⁷

Já por outro lado, parte da doutrina entende ser cabível a intervenção judicial no direito à saúde, a fim de se garantir o “mínimo existencial” da dignidade da pessoa humana.

⁶⁵ MENDES, Op, Cit., pp. 7-8.

⁶⁶ MENDES, Op, Cit., p. 9.

⁶⁷ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

Diante dessas posições opostas, Gilmar chega a uma conclusão semelhante a que chegou Barroso: as questões referentes à efetivação do direito à saúde envolvem juízos de ponderação entre princípios e diretrizes políticas, entre direitos individuais e bens coletivos.

Pautado em tal posicionamento, Gilmar cita a ideia de ponderação de princípios proposta por Alexy, no sentido de que devem-se analisar todas as ideias favoráveis e as desfavoráveis à atuação do judiciário no direito à saúde:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.⁶⁸

A partir dessa constatação, Gilmar parte para uma análise sobre o art. 196 da CF, detalhando os conceitos e ideias apresentados nele (termos em negrito no dispositivo do artigo abaixo transcrito), a fim de entender como a Constituição Brasileira estabelece as possibilidades de implementação do direito à saúde e quais os limites definidos para tanto.

Art. 196. A saúde é **direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante **políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às **ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512 Apud MENDES, Op, Cit., p. 11.

a) Direito à saúde como direito de todos

Este é um dos pontos deste artigo que mais traz contradições dentro da questão da atuação do Judiciário no direito à saúde, visto que permite entender o direito à saúde tanto como direito individual quanto como direito coletivo.

Parte da doutrina entende que esse direito de todos, por demandar recursos públicos para a sua efetivação, assume um caráter programático dentro da norma do artigo. Assim, a garantia do direito à saúde para todos os cidadãos depende primeiro da formulação de políticas públicas para se tornar exigível. Dessa forma, qualquer intervenção do Judiciário anterior à elaboração dessa política constitui uma violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da reserva do financeiramente possível.

Entretanto, para Gilmar esse entendimento nega a força normativa da Constituição, conforme ele enfatiza com a apresentação de trecho do voto do Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS:

a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.⁶⁹

Mas determina que a força normativa do texto constitucional não faz referência a um direito absoluto à saúde, mas sim a um direito subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Dessa forma, Gilmar estabelece a possibilidade de reivindicação judicial a fim de estabelecer políticas públicas para se garantir o direito à saúde de todos, mas condiciona a prestação individual desse direito à circunstância de não comprometimento do devido funcionamento do SUS, consoante o caso concreto.

b) Dever do Estado

Em decorrência direta da garantia do direito à saúde como direito de todos está o caráter prestacional do direito por parte do Estado, isto é, o dever fundamental de prestação da saúde por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dotados de competência

⁶⁹ AgR-RE N. 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, *DJ* 12.09.2000.

comum para lidar com as demandas de saúde e inclusive figurar no polo passivo das possíveis ações que envolvam tal direito.⁷⁰

Assim como o direito de todos à saúde se refere, como dito por Gilmar, a um direito a políticas públicas em saúde, o dever do Estado fica adstrito ao de desenvolver políticas públicas para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

Para desenvolver esse dever, o Estado, primordialmente pelas atividades dos Poderes Legislativo e Executivo, deve estar atento às demandas de saúde de cada parte da Federação e aos recursos que terá de dispor para atendê-las, assim como a forma de obter tais recursos.

Nessa parte do dever do Estado, Gilmar chama atenção para a organização do SUS, o principal elemento para a efetivação dessas políticas públicas, cujas competências estão no art. 200 da CF⁷¹, as quais foram regulamentadas pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90.

A formulação de um sistema único de saúde pelo constituinte tem por objetivo aumentar o acesso aos serviços de saúde e a qualidade dos mesmos, estabelecendo a responsabilidade solidária e subsidiária de todos os entes federativos quanto à oferta e à fiscalização de tais serviços.

Nesse sentido, é importante entender o financiamento desse sistema de saúde, o qual é operado com os recursos do orçamento da seguridade social e de todos os entes federativos, inclusive com o instrumento de cofinanciamento das políticas de saúde por tais entes.⁷²

c) Garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas

Ressalta justamente o que já foi exposto anteriormente, de que o direito de todos à saúde deve ser prestado pelo Estado mediante políticas públicas oriundas de escolhas alocativas dentre as demandas apresentadas e os recursos disponíveis.

⁷⁰ CF/1988, Art. 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

⁷¹ CF/1988, Art. 200: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

⁷² A Emenda Constitucional n.º 29/2000.

d) Políticas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos

Este ponto evidencia o caráter prioritariamente preventivo que as políticas públicas em saúde devem ter.⁷³

e) Políticas que visem o acesso universal e igualitário

A própria forma em que o SUS foi estabelecido reforça esse aspecto universal e igualitário que as políticas públicas devem ter.⁷⁴

f) Ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde

Na análise desse aspecto Gilmar chega à importante conclusão sobre o que ele considera ser a razão dos problemas envolvidos com a efetivação do direito à saúde no Brasil:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.⁷⁵

2.1.1 – Conclusão das análises apresentadas

Após a análise detalhada do art. 196 da CF, que garante o direito à saúde como um direito fundamental e, portanto, dotado de aplicação imediata⁷⁶, Gilmar conclui que tal direito encontra dificuldades de ser efetivado pelas políticas públicas, não porque elas não estejam previstas no ordenamento jurídico, mas porque elas não são devidamente implementadas na realidade social.

⁷³ CF/1988, Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

⁷⁴ A Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo(STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007).

⁷⁵ MENDES, Op, Cit., p. 17.

⁷⁶ CF/1988, Artigo 5º, § 1º.

Assim, define um ponto importante da realidade do direito à saúde no Brasil e que permite entender qual a verdadeira atuação do Judiciário na efetivação do mesmo. Principalmente após os debates delineados na Audiência Pública-Saúde, o problema da judicialização refere-se prioritariamente a casos de determinação judicial para o devido cumprimento de políticas públicas já existentes, e não à interferência na criação de novas políticas.⁷⁷ Para o autor, esse constitui o ponto central para a determinação dos parâmetros para uma atuação judicial efetiva e válida no direito à saúde.

3 - Parâmetros

Enquanto Barroso define os parâmetros a partir das situações de ação individual e ação coletiva, Gilmar estabelece os seus segundo a constatação da existência ou inexistência de uma política pública em saúde.

3.1 - Hipótese de existência de uma política pública

O primeiro dado a ser considerado pelo Judiciário quando uma demanda judicial referente a direito à saúde chega para sua análise é o de constatar se existe ou não uma política pública que abarque o que a parte pleiteia. Portanto, para Gilmar, o Judiciário, ao conceder a pretensão que esteja incluída nas políticas formuladas pelo SUS, está apenas determinando o cumprimento da política existente, concretizando, assim, o direito subjetivo a uma política pública em saúde, previsto constitucionalmente.

Logo, a atuação judicial nas hipóteses de determinação de efetivação da política pública em saúde já existente está em total consonância com o disposto na Constituição Federal, não se caracterizando como intervenção excessiva.

⁷⁷ “Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.” MENDES, Op, Cit., p. 18.

3.2 - Hipótese de inexistência de política pública

Entretanto, diante da diversidade de demandas da sociedade, sempre acaba por surgir uma pretensão judicial em saúde que não esteja prevista dentre as políticas públicas⁷⁸.

Para esses casos, Gilmar estabeleceu três hipóteses para a inexistência da política: (1) omissão legislativa ou administrativa; (2) opção administrativa em não dispensar a política ou (3) vedação legal ao seu fornecimento.

O SUS trabalha com base em evidências, e para tanto adota “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” que determinam um conjunto de critérios para, a partir de um diagnóstico, estabelecer qual o tratamento correspondente que atenda a demanda e que esteja dentro dos recursos disponíveis, a fim de garantir o acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde.

Há situações, portanto, em que o SUS, com base em tais critérios optou por não fornecer determinada política em saúde, visto entender que não existem evidências científicas e técnicas de que sua inclusão no rol de políticas se faça estritamente necessária.

Daí, então, surgem casos de demandas em saúde diante da inexistência da política pública que lhes atendam. Essas demandas caracterizam-se muitas vezes por serem tão específicas que o SUS não possui tratamento para tal patologia, visto que não acomete uma quantidade significativa da sociedade. Ou então o SUS fornece um tratamento pautado nos “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, mas que não se mostra adequado ao paciente do caso demandante.

Dentro desses parâmetros definidos por uma “Medicina baseada em evidências”⁷⁹, o Ministro entende que, *a priori*, deve ser mantida e priorizada a forma de ação em saúde escolhida pelo SUS.

Entretanto, análise diferente devem ter os casos em que se mostre ineficaz ou imprópria para o paciente demandante a política existente. Nessa situação, a Administração, seja por iniciativa própria, seja por intervenção do Judiciário, pode decidir que por razões

⁷⁸ Como os casos em que se pede a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

⁷⁹ A Medicina Baseada em Evidências - ou em provas científicas rigorosas - tem, para nortear as tomadas de decisões sobre os cuidados em saúde, o compromisso da busca explícita e honesta das melhores evidências científicas da literatura médica. Disponível em: http://www.centrocochranebrasil.org.br/apl/artigos/artigo_520.pdf Acesso em: 05/11/2014.

específicas do caso, devidamente comprovadas, deve ser fornecida medida diversa da que é fornecida a todos os cidadãos.

Além do que, o Ministro enfatiza, com base no que foi ressaltado pelo Ministro da Saúde na Audiência Pública-Saúde, que os próprios “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” devem ser periodicamente revistos, inclusive mediante contestação judicial.

E nesse questionamento dos protocolos e das políticas existentes inserem-se também os casos em que o SUS entendeu não ser necessária política pública em determinada patologia, tendo em vista não representar parte significativa da sociedade.

Entretanto, a medicina tem suas raridades e cada caso é um caso, portanto, os cidadãos, em sua individualidade, podem requisitar o devido atendimento para sua patologia rara.

Todavia, nesses casos, Gilmar enfatiza que se torna primordial diferenciar os tratamentos ainda não testados pelo SUS porque considerados não necessários na realidade brasileira, dos tratamentos que tem caráter meramente experimentais dentro da ciência.

Tais tratamentos experimentais caracterizam-se por serem pesquisas científicas feitas por centros clínicos e laboratoriais de ponta e que buscam a comprovação de sua eficácia. Quem participa de tais experimentos têm o direito a se manter nelas, a ser garantido por tais centros de pesquisa, entretanto não cabe ao Estado ser condenado a fornecê-los a quem tem interesse em obtê-los, visto que não possuem nenhuma segurança comprovada.

Já quanto aos tratamentos novos que já tem comprovação de segurança e eficácia, sendo muitas vezes já fornecidos na rede privada, é preciso uma análise mais cuidadosa. Afinal, embora os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas sejam elaborados minuciosamente a fim de garantir a segurança dos cidadãos-pacientes e a devida distribuição dos recursos públicos, não se pode negar que sua elaboração pode ser muito lenta, não acompanhando, portanto, a evolução dos tratamentos médicos.

O entendimento geral é de que o fato de ainda não existir um Protocolo Clínico para uma determinada demanda que já possui tratamento comprovado não pode constituir empecilho ao princípio da integralidade do sistema, diferenciando as opções disponíveis na rede pública das da rede privada.

Logo, segundo Gilmar, nessas situações, a omissão administrativa diante de tratamentos já existentes e comprovadamente eficazes, pode ser objeto de impugnação

judicial, tanto por ações individuais como coletivas, sempre com a devida instrução processual.⁸⁰

III – Conclusão quanto ao conjunto de parâmetros trazidos por Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes

Diante das importantes análises da questão da atuação do Poder Judiciário nas pretensões de efetivação do direito à saúde apresentadas pelos ministros do STF Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, além de uma panorama detalhado dos principais pontos e críticas que envolvem a temática, ambos estabeleceram parâmetros que visam validar a intervenção judicial consoante as normas da Constituição e os princípios nela elencados e, assim também, uniformizar as decisões a fim de garantir o acesso universal e igualitário à justiça e à saúde.

Aqui então serão sintetizados os parâmetros sugeridos pelos Ministros a fim de concatená-los em um conjunto a ser usado para a análise do caso concreto, feita em seguida no presente trabalho.

1 – Parâmetros de Luís Roberto Barroso

- 1.1) Em se tratando de ações individuais em direito à saúde propostas no Judiciário, somente serão analisadas e passíveis de procedência as pretensões que se referirem à efetivação de políticas públicas já existentes, mas que não estão sendo devidamente implementadas.
- 1.2) A política pública em saúde que, *a priori*, foi estabelecida conforme o conhecimento técnico e os procedimentos específicos do Legislativo e do Executivo, é passível de análise do seu conteúdo no Judiciário, a fim de se avaliar se ela atende efetivamente as demandas existentes na sociedade, sempre, no entanto, em sede de ação coletiva. E se nesse caso for verificado o grave desvio na avaliação do Legislativo e do Executivo na determinação do conteúdo da política pública em saúde, cabe ao Judiciário propor a sua

⁸⁰ MENDES, Op, Cit., p. 24.

modificação para outras medidas, sempre atentando-se para confirmar se é caso de tratamento indispensável à vida, e que: a) tenham eficácia comprovada; b) preferencialmente estejam disponíveis no Brasil; e, c) tenham o menor custo atendendo à mesma necessidade.

- 1.3) O polo passivo de qualquer ação, individual ou coletiva, em direito à saúde será o ente federativo responsável pela política pública em discussão.

2 – Parâmetros de Gilmar Mendes

- 2.1) Diante da existência de uma política pública, o indivíduo pode entrar com ação individual a fim de efetivá-la ao seu caso concreto. Nessa situação, a atuação do Judiciário consiste na mera concretização do direito subjetivo a uma política pública em saúde previsto na Constituição.
- 2.2) Uma vez que as demandas em saúde são diversas e crescentes, existem situações em que inexistente política pública que atenda o caso concreto, seja porque ele é tão específico que o SUS, sempre em vista de atender as demandas de forma universal e igualitária, não possui qualquer formulação de política para o caso, seja porque embora o SUS forneça tratamento para a situação, ele não é adequado para solucioná-la. No primeiro caso, é cabível o questionamento dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas a fim de ver atendida a demanda específica, contanto que a pretensão seja de fornecimento de medida que tenha comprovada eficácia e segurança, não podendo referir-se a tratamento experimental. Na segunda hipótese, para a pretensão judicial de tratamento que de fato atenda a sua necessidade, é preciso que o pretendente comprove que a política fornecida pelo SUS é ineficaz ao seu caso.
- 2.3) Em ambas as situações apontadas no tópico anterior, é possível que as partes demandem tratamentos novos que ainda não são abarcadas pelo SUS, mas que muitas das vezes já são fornecidos na rede privada. Essas novas medidas podem ser analisadas em sede de pretensão judicial, tanto em ação individual, quanto em ação coletiva, a fim de atualizar os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Para tanto a ação deve trazer um vasto acervo probatório em relação à medida que já tenha sua eficácia comprovada cientificamente, para

que assim, possam ser fornecidas as necessárias informações para a alteração dos protocolos e, conseqüentemente, das políticas públicas.

CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO COM BASE NOS PARÂMETROS ELENCADOS POR LUÍS ROBERTO BARROSO E GILMAR MENDES

1 - Caso dos autistas

O caso em análise refere-se à demanda pela existência de políticas públicas em saúde e educação que sejam adequadas às especificidades do tratamento dos indivíduos autistas⁸¹ e aconteceu no Estado de São Paulo.

A partir de uma denúncia de um pai de um cidadão autista, que alegou que não era fornecido o tratamento específico às necessidades terapêuticas, psiquiátricas e educacionais dos indivíduos autistas no Estado de São Paulo, o Ministério Público do Estado de São Paulo instaurou inquérito civil a fim de verificar a situação.

Diante da constatação de que o Estado apenas fornecia tratamento psiquiátrico comum, isto é, não especializado no cuidado de autistas, o Ministério Público tentou firmar um acordo com a Administração Pública do Estado para resolver o caso. No entanto, não houve interesse desta em incluir o tratamento especializado de autistas na lista do SUS e nem de fornecer entidades educacionais para eles.

Motivado pela falta de interesse da Administração em efetivar o direito dos autistas em uma política pública que os atendesse plenamente, o Ministério Público Paulista ajuizou

⁸¹ “A partir do último Manual de Saúde Mental – DSM-5, que é um guia de classificação diagnóstica, todos os distúrbios do autismo, incluindo o transtorno autista, transtorno desintegrativo da infância, transtorno generalizado do desenvolvimento não-especificado (PDD-NOS) e Síndrome de Asperger, fundiram-se em um único diagnóstico chamado Transtornos do Espectro Autista – TEA.

O TEA é uma condição geral para um grupo de desordens complexas do desenvolvimento do cérebro, antes, durante ou logo após o nascimento. Esses distúrbios se caracterizam pela dificuldade na comunicação social e comportamentos repetitivos. Embora todas as pessoas com TEA partilhem essas dificuldades, o seu estado irá afetá-las com intensidades diferentes. Assim, essas diferenças podem existir desde o nascimento e serem óbvias para todos; ou podem ser mais sutis e tornarem-se mais visíveis ao longo do desenvolvimento.

O TEA pode ser associado com deficiência intelectual, dificuldades de coordenação motora e de atenção e, às vezes, as pessoas com autismo têm problemas de saúde física, tais como sono e distúrbios gastrointestinais e podem apresentar outras condições como síndrome de déficit de atenção e hiperatividade, dislexia ou dispraxia. Na adolescência podem desenvolver ansiedade e depressão.

Algumas pessoas com TEA podem ter dificuldades de aprendizagem em diversos estágios da vida, desde estudar na escola, até aprender atividades da vida diária, como, por exemplo, tomar banho ou preparar a própria refeição. Algumas poderão levar uma vida relativamente “normal”, enquanto outras poderão precisar de apoio especializado ao longo de toda a vida.” Informação disponível em: <http://autismoerealidade.org/informe-se/sobre-o-autismo/o-que-e-autismo/>> Acesso em: 01/11/2014.

Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela⁸² contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo a fim de condená-la ao pagamento de todo o valor necessário ao tratamento e assistência educacional dos autistas do estado em entidades de tratamento especializadas.

A ação civil pública foi julgada procedente na primeira instância e a Fazenda Pública de São Paulo foi condenada, enquanto não dispusesse de unidades públicas especializadas no tratamento de autistas, a custear o valor integral do tratamento e assistência educacional dos autistas em entidade privada prestadora do serviço, a qual deveria ser providenciada no prazo de trinta dias da comprovação da situação de autista.⁸³

Após recurso de apelação da Fazenda Pública de São Paulo, o qual foi desprovido, ocorreu o trânsito em julgado da sentença, e, assim, deu-se início à fase de habilitação e execução individuais ou coletivas, as quais acabavam por requerer a inserção do autista em instituição particular e o seu respectivo custeio, tendo em vista a falta de instituições públicas especializadas.

Concomitantemente a essas habilitações e execuções judiciais, em 2002 foi editada portaria pela Secretaria de Saúde do Estado determinando a inclusão dos procedimentos médicos para tratamento de autistas no Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS.

Essa medida trouxe um avanço significativo para o caso, visto que assim bastava a comprovação da condição de autista perante a Secretaria de Saúde para que o indivíduo autista fosse encaminhado a instituições médicas e/ou educacionais especializadas no seu tratamento, independentemente da intervenção judicial.

⁸² Processo nº 053.00.027139-2, que tramitou perante a 6ª Vara Cível da Fazenda Pública de São Paulo. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/aa.../aa.../autismo.rtf Acesso em 01/11/2014.

⁸³ Sentença proferida em 28 de dezembro de 2001: “JULGO PROCEDENTE a ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com fundamento no artigo 269, inciso I, do código de Processo Civil, para CONDENÁ-LA, até que, se o quiser, providencie unidades especializadas próprias e gratuitas, nunca as existentes para o tratamento de doentes mentais “comuns”, para o tratamento de saúde, educacional e assistencial aos autistas, em regime integral ou parcial especializado para todos os residentes no Estado de São Paulo, a: I - Arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada não estatal para o cuidado e assistência autistas residentes no Estado de São Paulo; II – Por requerimento dos representantes legais ou responsáveis, acompanhado de atestado médico que comprove a situação de autista, endereçado ao Exmo. Secretário de Estado da Saúde e protocolado na sede da Secretaria de Estado da Saúde ou encaminhado por carta com aviso de recebimento, terá o Estado o prazo de trinta (30) dias, a partir da data do protocolo ou do recebimento da carta registrada, conforme o caso, para providenciar, às suas expensas, instituição adequada para o tratamento do autista requerente; III – A instituição indicada ao autista solicitante pelo Estado deverá ser a mais próxima possível de sua residência e de seus familiares, sendo que, porém, no corpo do requerimento poderá constar a instituição de preferência dos responsáveis ou representantes dos autistas, cabendo ao Estado fundamentar inviabilidade da indicação, se for ‘o caso, e eleger outra entidade adequada; IV - O regime de tratamento e atenção em período integral ou parcial, sempre especializado, deverá ser especificado por prescrição médica no próprio atestado médico antes mencionado, devendo o Estado providenciar entidade com tais características; V - Após o Estado providenciar a indicação da instituição deverá notificar o responsável pelo autista, fornecendo os dados necessários para o início do tratamento.”

Essa maior celeridade no fornecimento do tratamento adequado aos indivíduos autistas em conjunto com a crescente demanda pela sua prestação, devido à divulgação do conteúdo da sentença entre os pais e responsáveis pelos autistas, passaram a interferir na gestão orçamentária da saúde e educação de São Paulo, principalmente devido aos altos valores cobrados pelas instituições particulares prestadoras do atendimento.

Dessa forma, as Secretarias da Educação e Saúde editaram resoluções para a celebração de convênios, em regime de cooperação, entre elas e as Instituições Particulares sem fins lucrativos fornecedoras de tratamento adequado àqueles com necessidades especiais, e também se passou a adequar as escolas públicas com professores e material especializados para alunos portadores de deficiências como o autismo.

Entretanto, mesmo com a facilidade trazida pelas ações das Secretarias de Saúde e de Educação de São Paulo, devido às especificidades de cada caso, ainda surgiam situações em que se fazia necessária a intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública mediante habilitações e execuções.

Diante disso, o magistrado que proferira anteriormente a sentença decidiu extinguir essas intervenções, nos termos no art. 462 do CPC, e determinou que o Estado de São Paulo, por intermédio de suas Secretarias de Saúde e Educação, recebesse diretamente o requerimento dos responsáveis pelos autistas, instruídos com os devidos documentos comprobatórios da situação do paciente, e assim providenciasse, em 30 dias e as suas expensas, a instituição adequada ao tratamento. Assim, somente se o responsável pelo autista discordasse da forma como o tratamento foi disponibilizado é que caberia procurar o Ministério Público.

Essa decisão foi cassada pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸⁴, em sede de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público, muito embora muitos entendam que ela trouxe questões relacionadas à dificuldade de

⁸⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 767.934-5/4-00, julgado em 09/07/2008. Des. Relator: Laerte Sampaio. Trecho do acórdão: “A execução do título executivo coletivo, como disposto na sua parte dispositiva, é admissível quando os comandos são genéricos e poder ser aplicados nas situações fáticas absolutamente iguais como perfeita identificação dos beneficiários. Quando, entretanto, os comandos forem genéricos e as situações fáticas se mostrarem diferenciadas, torna-se inviável a execução coletiva, devendo cada um dos beneficiados ingressar com as execuções individuais objetivando a justa adequação de suas pretensões. No caso presente, o título executivo coletivo judicial contém um comando genérico contendo obrigação de fazer (providenciar tratamento adequado aos autistas), mas dirigido para situações fáticas de estruturas diversas decorrentes da multiplicidade de circunstâncias relativas ao conceito de autista (o conceito de autismo ainda não encontra uma perfeita descrição nos estudos acadêmicos), aos tratamentos adequados (varia conforme a situação personalíssima dos autistas) e o campo amplo das necessidades (assistência social, educação e saúde).” Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/aa_ppddeficiencia/aa_ppd_julgados/Agravo%20n%C2%BA%20767.934.5-4-00.pdf, pág. 6. Acesso em 01/11/2014.

judicializar tal conflito em questão, como por exemplo: a necessidade de dar tratamento isonômico aos autistas que tem demandas tão específicas; a ausência de uma estrutura institucional única para processar as dezenas de habilitações e execuções de uma sentença; e a falta de conhecimento técnico do Judiciário em dispor dessas demandas em questões específicas de saúde.

Nesse sentido, embora a decisão do magistrado tenha visado trazer o fornecimento mais célere de um tratamento isonômico aos indivíduos autistas, não se pode esquecer a peculiaridade de cada caso. Logo, em decorrência do acórdão que cassou a decisão, ainda hoje existem habilitações e execuções, individuais ou coletivas, ajuizadas quando não acontece a solução do caso somente com a atuação da Administração Pública de São Paulo, que já proporciona o tratamento educacional e clínico em instituições conveniadas no prazo de 30 dias para quem entre diretamente na Administração com tal pedido devidamente comprovado.

2 - Análise do caso consoante os parâmetros apresentados por Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes

Até o momento, analisou-se o conteúdo da norma constitucional do direito à saúde, buscou-se entender como se dá a sua efetivação mediante políticas públicas e como, por vezes, a pretensão de efetivação acaba por chegar ao Judiciário.

Nesse sentido, questionando-se quanto à possibilidade dessa atuação judicial em políticas públicas em saúde, explanaram-se os posicionamentos favoráveis e os desfavoráveis a tal atividade. A partir disso, foram adotados os posicionamentos dos ministros do STF Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes no que se refere às hipóteses e aos parâmetros da devida intervenção judicial.

Como visto, tais autores buscaram definir as situações em que é cabível a intervenção judicial para efetivar o direito à saúde e quais os parâmetros que devem delineá-la, para assim estabelecer, na forma mais ampla possível, as hipóteses constitucionalmente válidas de atuação judicial.

Dessa forma, o caso dos cidadãos autistas de São Paulo, representativo de uma das diversas situações possíveis de intervenção do Judiciário na concretização dos direitos sociais, será analisado conforme a perspectiva adotada por esses autores, para concluir se houve ou

não intervenção judicial excessiva no que se refere em específico ao direito à saúde dos autistas, não analisando em detalhes o direito à educação, visto não ser o foco desse trabalho.

O ponto fulcral para dar início a essa análise refere-se ao parâmetro disposto por Gilmar: a existência ou não de uma política pública.

Como visto no resumo dos fatos, os indivíduos autistas que requeriam tratamento em hospitais públicos eram colocados no tratamento psiquiátrico comum. Entretanto, é evidente que eles demandam um tipo de tratamento adequado ao seu distúrbio de desenvolvimento, dotado de especificidades que a própria ciência ainda busca entender. Esses tratamentos especializados já existem na rede privada, mas não se encontravam disponíveis no SUS de São Paulo.

Logo, embora existam políticas públicas para atendimento clínico e psiquiátrico na rede pública de São Paulo, elas não se mostram as adequadas e mais eficazes para o tratamento dos autistas. Assim, consoante o entendimento de Gilmar, este é um caso em que é possível entrar com uma ação no Judiciário a fim de ver satisfeito o seu direito à saúde conforme as especificidades da patologia que acomete o paciente.

Bem, visto que se trata de hipótese cabível de atuação judicial, passa-se a análise de como ela deverá acontecer.

Baseado no entendimento de Gilmar, essa demanda dos autistas, configura-se como uma impugnação das políticas públicas existentes, questionando a inexistência de uma medida adequada aos autistas e, conseqüentemente, requisitando uma política pública que lhe seja própria.

Na visão de Barroso, de concepção semelhante, trata-se de um questionamento da política pública em saúde clínica e psiquiátrica existente no Estado de São Paulo que, no entanto, não tem sido devidamente eficaz para os pacientes em questão. Nessa situação, ele entende ser pertinente uma ação coletiva, a fim de poder atender a todos os casos semelhantes, visto que se interroga a política pública do SUS como um todo.

Diante disso, a ação adotada no caso, está em conformidade com os parâmetros propostos por Gilmar e Barroso. Afinal, frustrada a tentativa de requisição administrativa de mudança na política pública para os autistas, o Ministério Público entrou com uma ação civil pública. Esta foi julgada procedente em uma sentença genérica que condenou a Fazenda Pública de São Paulo a custear o tratamento dos indivíduos autistas em institutos privados, enquanto não realizasse as devidas políticas públicas para eles.

Embora exista essa condenação à promoção de políticas públicas, o que muito dos críticos à atuação judicial chamariam de intervenção excessiva e desrespeitosa do princípio da

separação dos poderes, é visível que foi deixado livre espaço para a Administração Pública realizar as políticas conforme o seu planejamento estratégico e orçamentário. O que houve foi apenas um controle mais incisivo da atividade administrativa a fim de que esta efetivamente concretizasse políticas públicas necessárias à parcela da população.

E de fato, a sentença genérica tornou-se o necessário ponto de partida para a implementação de um programa de atendimento aos autistas, promovido pelas Secretarias de Educação e de Saúde, e também para os possíveis ajuizamentos de habilitações e execuções individuais ou coletivas.

Inicialmente, a Fazenda Pública custeava aos demandantes o tratamento em instituições privadas especializadas. No entanto, com o aumento dos pedidos e diante do elevado custo de tais tratamentos, a Administração optou por celebrar convênios com instituições sem fins lucrativos que fornecessem igual tratamento. Logo, a sentença permitiu que a Administração Pública do Estado se organizasse a ponto de fornecer tratamento diretamente a quem comprovasse ser autista, sem necessidade de ações judiciais para cada caso.

Nesse ponto, é importante observar se as medidas requisitadas na sentença judicial (o custeio do tratamento em entidade privada providenciado no prazo de 30 dias da comprovação da situação de autista, enquanto não definidas políticas públicas que estabeleçam unidades especializadas e gratuitas para os autistas) são, por sua vez, medidas possíveis de serem demandas em face da discricionariedade técnica da Administração Pública.

Para tanto, Gilmar estabelece que a medida alternativa à política pública existente deve ter sua eficácia e segurança comprovadas, e não pode tratar-se de experimento científico. De fato, como demonstrado no caso em análise e como é visível na realidade brasileira, existem tratamentos específicos para os autistas e que já possuem eficácia estabelecida, tanto que já são usados com consistência.

Logo, os tratamentos custeados pela Fazenda Pública, conforme dispositivo requisitado na sentença, são tratamentos consolidados e já aplicados na rede privada de São Paulo, não havendo que se falar de custeio de qualquer tratamento experimental para o caso em análise.

Para além do parâmetro de que a ação implementada pela Administração a requerimento do Judiciário deva ser comprovadamente eficaz e segura, Barroso estabelece outros parâmetros complementares a isso.

Primeiro, ele entende que a medida requerida deve ser indispensável por natureza à vida do paciente. O que não se pode negar no caso, tendo em vista que o tratamento especializado promove saúde e qualidade de vida aos pacientes autistas.

Em segundo lugar, a medida deve estar disponível no Brasil. No caso em análise, todos os pacientes passaram a ter acesso a tratamentos em estabelecimentos dentro do Estado de São Paulo e inclusive naqueles que são os mais próximos de sua residência, conforme a observação dada em sentença.

E por último, o tratamento deve ser aquele que atende a todas as necessidades dos requerentes ao menor custo para o Estado. Não há que se questionar esse ponto, tendo em vista que, a Administração Pública de São Paulo, mediante seu conhecimento técnico e com base em seu orçamento, teve a liberdade de escolher os tratamentos que mais se adequassem a esse parâmetro.

Com base no entendimento adotado neste trabalho e nos parâmetros estabelecidos por Luís Barroso e Gilmar Mendes, conclui-se, então, que no caso, diante da inexistência de política pública no SUS que forneça o tratamento específico e adequado aos autistas do Estado de São Paulo, é perfeitamente cabível a pretensão dos autistas em sede judicial a fim de obterem uma política pública que os atenda.

E, conseqüentemente, é devida a intervenção judicial a fim de solucionar o caso por meio de requisições à Administração Pública do Estado. Afinal, existe tratamento específico e comprovadamente seguro e eficaz para os autistas, que inclusive já há tempos são dispensados na rede privada do país.

Assim, a decisão judicial que determina que a Fazenda Pública custei tal tratamento a todos aqueles que o requisitarem mediante a devida comprovação do diagnóstico de autismo, enquanto se espera que o Legislativo e o Executivo tomem as medidas necessárias à formulação de política pública adequada ao caso, não se caracteriza por ser intervenção judicial excessiva nos outros poderes do Estado.

É apenas uma situação em que o Poder Judiciário está exercendo sua típica forma de expressão do Poder estatal, qual seja, o controle do que ditam as normas e princípios da Constituição, buscando, por fim, efetivar o conteúdo das mesmas na realidade brasileira.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, apresentou-se toda uma análise sobre a conjuntura que levou a consolidação dos direitos fundamentais sociais na Constituição da República Federativa Brasileira e, nesse sentido, como os mesmos têm sido efetivados por meio de políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.

O estudo delimitou a análise ao direito social à saúde, tendo em vista a grande importância do mesmo dentro da realidade brasileira.

Enquanto direito fundamental, o direito à saúde possui como característica inerente uma necessidade de aplicação imediata, e uma vez que se insere na categoria de direito social fundamental, possui uma natureza prestacional, que a Constituição Brasileira colocou a dever do Estado.

Dessa forma, o Estado tem como uma de suas obrigações organizar-se a fim de atender as demandas em saúde da população, que deve ter acesso universal e igualitário a todas as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Cumprindo com seu dever, o Estado concretiza a Constituição e, portando, chega mais perto de atingir os objetivos elencados nela.

No entanto, como foi visto no estudo apresentado, as demandas são muitas e diversas, e o Estado possui sempre um orçamento delimitado e recursos finitos. Logo, existe sempre uma escolha quanto a como se dará essa relação prestacional do Estado para com o indivíduo.

Essa relação é prevista pelo Constituinte e pelo legislador infraconstitucional, e é implementada pelo Poder Executivo por meio de políticas públicas e ações estatais. Já o Poder Judiciário ficaria encarregado de analisar a lei elaborada e acompanhar a criação da política pública, a fim de ver se estão em consonância com o previsto na Constituição.

Nesse sentido, o entendimento é unânime e, em geral, não existem muitas controvérsias. No entanto, uma vez que se entende a Constituição como um texto uno e cujos dispositivos possuem força normativa e vinculante, muitos defendem que a atuação do Judiciário no controle constitucional dos atos dos outros poderes pode assumir dimensões mais incidentes e ativas.

É o entendimento daqueles que defendem que, diante da omissão da Administração Pública na implementação de uma determinada política pública, é possível que os afetados por isso entrem com uma ação na justiça, a fim de ver seu direito efetivado. Ou então daqueles que veem o direito à saúde como um direito subjetivo amplo, passível de ser

pretendido individualmente perante o Judiciário, como no caso das demandas pelo fornecimento de certos medicamentos que não se encontram na rede pública.

O presente trabalho, portanto, buscou entender se é cabível essa judicialização do direito à saúde.

Para tanto, analisou de forma abrangente os posicionamentos contrários e os favoráveis a tal intervenção e quais são as hipóteses em que o direito à saúde acaba sendo demandado no Judiciário.

A partir disso e dos pressupostos e fundamentos previstos na Constituição Brasileira, não se pode negar que o Judiciário tem um importante papel no controle e preservação do texto constitucional. Logo, é evidente que se um dos poderes está sendo omissos na efetivação das normas constitucionais, cabe ao Judiciário intervir. Entretanto, tal controle tem limites, visto que a Constituição possui uma série de direitos fundamentais cujos conteúdos devem ser sempre ponderados na realidade concreta a fim de que o texto constitucional seja aplicado na sua unicidade e plenitude.

Nesse sentido, o capítulo 1 do trabalho apresentou os principais limites que se colocam para tal atuação judicial: a garantia do mínimo existencial e a reserva do possível.

Tem-se que os direitos previstos na Constituição brasileira não têm um caráter absoluto, posto que todos fazem parte de um conjunto que está disposto para efetuar os objetivos do Estado e fortalecer seus fundamentos. No entanto, cada um desses direitos possui um conteúdo mínimo essencial, o qual deve ser sempre garantido a todos os cidadãos para que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária se perpetue. É esse conteúdo que se compreende por mínimo existencial.

Assim, entende-se que esse mínimo existencial dos indivíduos, que lhes promove a dignidade humana, deve ser sempre garantido pelo Estado. Logo, conclui-se que toda vez que esse mínimo não estiver sendo efetivado pelos poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário pode interferir.

Mas, ao mesmo tempo que tal ideia traz uma noção de atuação positiva do Poder Judiciário, tem-se também um viés negativo, no sentido de que, a partir do momento que o mínimo estiver garantido, a atuação judicial começa a se tornar excessiva.

Concomitante a esse princípio de um mínimo existencial a ser preservado, tem-se o limite da reserva do possível, afinal o Estado trabalha com recursos financeiros limitados, e não pode garantir todos os direitos plenamente. Todavia, tal argumento econômico não pode servir para justificar qualquer omissão estatal.

Dessa forma, conclui-se que o Judiciário pode intervir em políticas públicas de saúde que não estejam garantindo o mínimo existencial de cada indivíduo, mas sempre dentro do limite de recursos que a Administração pública detém.

Assim, qualquer pretensão judicial tem de se ater aos parâmetros usados pelo Executivo na implementação da política pública e, caso os recursos não sejam suficientes nem para garantir o mínimo essencial de cada direito, o Judiciário pode continuar exigindo-o, mas buscando medidas de remanejamento e reorganização das políticas e recursos, nunca impondo uma medida que abdique de todo o planejamento técnico feito pela Administração.

Diante dessa análise mais teórica do que diz a doutrina a respeito da questão em debate, o capítulo 2 pautou-se nos posicionamentos adotados pelos atuais ministros do STF Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes para entender melhor a atual conjuntura da judicialização da saúde no Brasil e buscar elementos que possam servir de parâmetro para resolver casos concretos.

A partir do estudo apresentado pelos dois Ministros, pode-se concluir que, na grande maioria das vezes, não se trata de omissão do Estado na criação das políticas públicas em saúde, mas de falta da devida implementação das políticas já existentes. E dentro dessa noção, eles propõem parâmetros para a atuação judicial.

Barroso apresenta como parâmetro que a intervenção judicial em direito à saúde só é cabível em ação individual se for demandar a concretização de uma política pública já existente e, em ação coletiva, caso seja a situação de discutir o conteúdo das políticas públicas implementadas, visando analisar seus pontos e, a partir de um estudo completo e detalhado, se necessário, estabelecer perspectivas de mudanças.

Já Gilmar Mendes entende ser possível a atuação judicial também nos casos em que não existem políticas públicas previstas, seja porque a situação concreta é tão específica que o entendimento técnico da Administração optou por não despender recursos em uma política pública coletiva em algo que atenderia parcela pequena da população, seja porque o indivíduo possui uma demanda que não se adequa ao tratamento disponível na rede pública para a patologia que o acomete.

Em ambas as situações, o Ministro Gilmar Mendes coloca que cabe a pretensão no Judiciário a fim de discutir a implementação da política pública necessária, entretanto, tal pretensão está limitada por uma série de parâmetros complementares que tanto ele, quanto o Ministro Luís Roberto Barroso entendem pertinentes, quais sejam: a medida pretendida deve ter segurança e eficácia comprovadas, ser indispensável à vida e estar preferencialmente disponível no Brasil, a fim de sempre obter os melhores resultados com os menores custos.

Tais parâmetros se mostraram bastante coerentes à realidade brasileira e devidamente orientados no sentido que o texto constitucional expõe seus princípios da dignidade da pessoa humana e da separação dos poderes.

A fim de comprovar, portanto, a capacidade de tais parâmetros abarcarem a complexidade do tema e assim poderem ser colocados como critérios de análise em pretensões de direito à saúde que chegam ao Judiciário, foi feita no Capítulo 3 a análise de um caso concreto, o caso dos autistas de São Paulo.

E a partir desse estudo apresentado no capítulo 3 pode-se chegar a importantes conclusões sobre o tema da judicialização do direito à saúde.

Como na situação do caso, é evidente que muitas demandas em saúde no Brasil ainda não estão sendo devidamente atendidas pelo Estado, tanto porque as políticas públicas existentes não são cumpridas com as garantias mínimas de qualidade, tanto porque inexistem ações estatais para certos interesses específicos em saúde.

Nesse sentido, não se discorda que é a Administração Pública a melhor capacitada para exercer a função de planejar e implementar políticas públicas em saúde, tendo em vista seu conhecimento técnico e sua atividade de organizar demandas conforme os recursos disponíveis. Entretanto, diante da realidade complexa brasileira, o Sistema Único de Saúde está visivelmente defasado diante das verdadeiras necessidades da população.

Logo, muitas pessoas, a fim de verem seu direito essencial à saúde efetivado, entram com ações judiciais. A judicialização da saúde é um fato contra o qual não se pode fechar os olhos, ele está presente e as ações tratam dos mais variados assuntos, desde a requisição de leitos em redes privadas de saúde, visto faltar os mesmos no SUS, até o pedido para tratamentos no exterior.

Dessa forma, o presente estudo entende que a intervenção judicial em direito à saúde é algo que já faz parte da realidade jurídica brasileira, e dentro do que dispõe a Constituição é sim uma das formas de expressão da atuação do poder Judiciário.

Assim, conclui-se que a judicialização do direito à saúde é algo cabível dentro do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, dentro de certos limites que não podem ser ultrapassados de forma alguma, sob pena de se estar usurpando o princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, o próprio texto constitucional.

Consoante a análise feita no capítulo 2 deste trabalho, concluiu-se por adotar como limites à atuação judicial em direito à saúde os parâmetros demonstrados por Barroso e Gilmar, que se mostraram devidos no estudo de caso apresentado.

Enfatiza-se que tais parâmetros devem ser usados sempre levando-se em conta a necessidade de se manter o equilíbrio entre se garantir o mínimo existencial dos direitos fundamentais dentro do limite financeiro disposto pela reserva do possível.

Assim, tanto nas ações individuais que visem concretizar uma política pública existente ou requerer uma que se adeque ao seu caso raro, quanto nas ações coletivas que demandem uma análise do conteúdo das políticas públicas existentes para modificá-las ou criar outras, o Poder Judiciário deve estar sempre atento ao que é substancialmente o mínimo existencial ali disposto, e o que realmente lhe cabe propor e decidir dentro da realidade concreta que efetivamente o atenda, sem, no entanto, ultrapassar elementos que cabem aos outros poderes decidir.

A saúde é condição necessária à vivência digna de qualquer ser humano, e cada indivíduo é um corpo dotado de particularidades e necessidades específicas. A Constituição colocou a dever do Estado garantir um mínimo existencial em saúde para cada um de seus cidadãos, de forma universal e igualitária. Assim, prioritariamente, cabe ao Legislativo e ao Executivo decidirem e implementarem políticas públicas a fim de promover o direito à saúde. E, caso haja desvios nesse caminho de efetivação, o Judiciário não pode ficar inerte.

Dessa forma, havendo pretensão judicial em direito à saúde, cabe sim ao Judiciário analisar a demanda e, estando ela dentro dos parâmetros adotados nesse estudo, decidir consoante os seus limites principiológicos a fim de ver o direito concretizado para todos os cidadãos, independentemente do acesso à justiça que possuem. Assim, não haverá o que se falar de judicialização excessiva do direito à saúde, mas sim de concretização da Constituição, de efetivação de um direito fundamental e, logo, de promoção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, Elmo José Duarte de. *Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível*. Teresina, ano 11, n. 1552, 1º de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16050-16051-1-PB.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

APPIO, Eduardo Fernando. *Controle Judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano I, número I, 2009. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a Tut Col Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf). Acesso em 19 de setembro de 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15 - janeiro/fevereiro/março de 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf. Acesso em 21 de setembro de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. Jus navegandi, Teresina, ano 6, n.59, out. 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf. Acesso em: 07 de outubro de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 17 de setembro de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades na Constituição Brasileira*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.(o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio de 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 19 de setembro de 2014.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 29, de 13 de Setembro de 2000. Constituição Federal e Ato das disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 28 de outubro de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 05/03/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=43&dataPublicacaoDj=05/03/2007&incidente=2466232&codCapitulo=6&numMateria=21&codMateria=7>. Acesso em: 03 de novembro de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 175*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 30/04/2010. **O tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo.** Plenário, 17/03/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de instrumento nº 767.934.5/4*. Terceira Câmara de Direito Público. Relator: Laerte Sampaio. São Paulo, 09 de abril de 2008. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/aa_ppdeficiencia/aa_ppd_julgados/Agravo%20n%C2%BA%20767.934.5-4-00.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2014.

BRASIL, Poder Judiciário de São Paulo. Sentença da Ação Civil Pública nº 053.00.027139-2. 6º Vara Cível da Fazenda Pública de São Paulo. Juiz de Direito Fernando Figueiredo Bartoletti. São Paulo, 28 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/EPM/pdf/SENTENCAAUTISTAS.pdf>. Acesso em: 01/11/2014.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 737, ano 86, março de 1997.

FERRAZ JR, Tércio S. *O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?*. Revista USP, n. 21, 1994.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Editora Forense Jurídica, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LINS, Liane Cirne. *A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf. Acesso em: 08 de outubro de 2014.

ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

PRETEL, Mariana. *O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos*. Portal Conteúdo Jurídico. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_&ver=578. Acesso em: 21 de outubro de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à proteção da saúde na Constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 11, setembro/outubro/novembro de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde. Supremo Tribunal Federal*. 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais n. 798, ano 2002, p. 23-50.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. *A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Sanitário, Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>. Acesso em: 20 de outubro de 2014.